

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2019

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffré
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 3/2019

saggi

- Marilisa D'Amico, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale* 321
- Stefano D'Alfonso, *Attività di ricerca nelle scienze sociali e diffamazione: i "rischi del mestiere" per il ricercatore universitario. Inquadramento teorico, normativo e giurisprudenziale* 365
- Fulvio Costantino, *Gli open data come strumento di legittimazione delle istituzioni pubbliche?* 443
- Enrico Zampetti, *Legalità e potere straordinario d'ordinanza* 477

osservatorio

- Patrizia Marzaro, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa* 501

attualità

- Roberto Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)* 527



LE INCERTEZZE DELL'ISTRUTTORIA NEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. Istruttoria e “processo costituzionale”: un quadro da sempre incerto. – 2. La prassi: dall'inesistenza di un “diritto delle prove” a recenti casi dove si profila un utilizzo più incisivo. – 3. *Segue*. Le recenti decisioni nell'ambito di giudizi “in via principale”. – 4. Aspetti meritevoli di maggiore riflessione in relazione al giudizio in via incidentale. – 4.1. I poteri istruttori e le questioni di rilevanza scientifica. – 4.2. I poteri istruttori e le questioni di impatto economico-finanziario. – 4.3. I poteri istruttori e alcune questioni di impatto organizzativo e simbolico. – 5. Uno sguardo oltre l'Italia: spunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo. – 6. Riflessioni sull'utilizzazione dei poteri istruttori nella giurisprudenza costituzionale tedesca. – 6.1. La normativa rilevante e il suo uso “elastico” a seconda della tipologia di giudizio. – 6.2. Istruttoria e giudizi sulla legittimità costituzionale delle norme. – 6.3. La *Verfassungsbeschwerde*: alcuni esempi di utilizzazione “a tutto campo”. – 6.4. Le decisioni adottate nell'ambito dei ricorsi contro le leggi elettorali. – 6.5. La materia finanziaria: focus. – 7. Riflessioni conclusive: “istruttorie” e giudizi sulle leggi. – 8. Postilla.

1. *Istruttoria e “processo costituzionale”: un quadro da sempre incerto*

Il tema dei poteri istruttori rappresenta per gli studiosi della giustizia costituzionale uno dei profili meno studiati (si contano, infatti, poche monografie e pochi articoli¹), uno degli aspetti più normati (le norme ci

* Il testo costituisce la rielaborazione della Relazione tenuta nel convegno dal titolo “Le incertezze dell'istruttoria. Presentazione degli atti del convegno svoltosi a Modena nella nei giorni 24 e 25 maggio 2019”, Università degli Studi Roma Tre – 11 novembre 2019.

¹ Si segnalano, innanzitutto, T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997; e G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino 2012; oltre che alcuni contributi recenti: V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Qua-*

sono e sono abbastanza dettagliate)² e uno degli strumenti meno utilizzati dalla Corte costituzionale fino ad alcune fondamentali pronunce degli ultimi anni, che consentono all'istituto di essere ripreso in considerazione anche dalla dottrina³.

Come vedremo, il tenore testuale e l'applicazione pratica dello strumento confermano che, a differenza degli altri giudizi, con qualche analogia con il giudizio amministrativo⁴, il giudizio costituzionale interpreta l'istruttoria come strumento di tipo "inquisitorio", a totale disposizione

derni costituzionali, 2019, II, 393 ss., T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, ivi, 371 ss., M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018, 49 ss.; e A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, ivi, 91 ss.; nonché G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, in *Le Regioni*, 2017, I-II, 225. Si vedano inoltre M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, I, 1045 ss.; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 245 ss.; A. BALDASSARE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1335 ss.; A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3460 ss.; L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 975 ss.; R. BIN, *La Corte e i "fatti"*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Milano 2005, 1 ss.; L. CASSETTI, *I poteri regolamentari della Corte e la disciplina dell'istruttoria nel processo costituzionale: le prospettive delle ordinanze istruttorie nel giudizio delle leggi in via principale*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un giurista*, Napoli 2007; M. AINIS, *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010; sul tema si vedano infine anche le risalenti, ma ancora attuali, riflessioni di A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967; e *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1961, 830 ss.

² In dottrina alcuni hanno una differente opinione: si veda in particolare A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., 1336, che sostiene invece che "la normativa che regola il relativo potere [istruttorio] appare peraltro estremamente laconica e succinta".

³ Ci si riferisce, in particolare, a due giudizi in via principale, definiti dalla Corte costituzionale, rispettivamente, con le sent. n. 188 del 2016 e sent. n. 197 del 2019, le quali verranno esaminate in modo più approfondito oltre.

⁴ Cfr. E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano 1993, e, volendo, M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino 1991.

del giudice costituzionale e in generale del tutto indifferente alle richieste (eventuali) delle parti.

In dottrina, si è così in alcuni casi sottolineata l'inesistenza di un "diritto delle prove"⁵, si è riflettuto sulla prassi⁶ e si è di recente riproposto il dilemma della natura dei poteri in relazione con quella del processo costituzionale⁷.

In uno studio di molti anni fa dedicato al tema "*Parti e processo nella giustizia costituzionale*"⁸, mettevo in evidenza, alla luce di studi sulla comparazione dei differenti sistemi processuali nel mondo⁹, come, in primo luogo, nel processo costituzionale (ragionando in particolare sulla forma di giudizio sulle leggi allora più ampia, quella incidentale) la domanda che di fatto dà inizio al processo non proviene da un soggetto interessato, bensì da un soggetto legittimato a far valere un "interesse" dell'ordinamento e, in secondo luogo, come il soggetto privato non abbia la possibilità di modificare l'oggetto del giudizio. Così, la presenza del soggetto privato non risulta necessaria ai fini non solo dello svolgimento, ma anche della conclusione del processo costituzionale: non deve pertanto stupire il fatto che il regime delle prove non sia influenzato dall'iniziativa delle parti.

Molto diverso è il regime delle prove in altri tipi di giudizio, quelli che nella nostra dottrina processualista potremmo definire a contenuto "soggettivo", dove le parti hanno influenza sul materiale probatorio, che, in alcuni casi dipende totalmente dalla loro iniziativa e dove il diritto di difesa si esercita anche e soprattutto in ordine all'utilizzazione dei poteri probatori anche nel processo¹⁰.

Sempre a proposito della determinazione dell'oggetto del giudizio, in quello studio osservavo come tale specificità caratterizzasse il processo costituzionale come processo di diritto "obiettivo", dal momento che nella domanda non rientrano i diritti soggettivi affermati dalle parti, né

⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 291.

⁶ M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., 49 ss.

⁷ G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, cit., 225.

⁸ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., oltre che *Il processo costituzionale: il contraddittorio. Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Foro it.*, 1997, X, 310 ss.

⁹ Cfr., in particolare, M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991.

¹⁰ Molto interessante anche il confronto con il processo statunitense: cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova 1979, 154 ss.

tanto meno viene ampliato il contraddittorio ai soggetti che hanno il medesimo interesse delle parti del processo *a quo*. E, in effetti, il processo costituzionale non potrebbe considerarsi in senso soggettivo: qualora così fosse, le parti avrebbero influenza sul materiale probatorio e a loro spetterebbe il controllo dell'iniziativa processuale e sarebbero "soggetti padroni di gestire i propri interessi nel processo"¹¹.

A distanza di trent'anni ci si può ancora chiedere perché l'istruttoria appare incerta e di debole attuazione nel giudizio davanti alla Corte: a me pare che la risposta risieda nell'attuale e perdurante incertezza sull'esistenza di un processo costituzionale come "*Diritto processuale costituzionale*"¹². Le incertezze della Corte sulla effettiva natura del proprio processo – un processo in cui si afferma a più riprese, per esempio, che trova spazio il diritto di difesa come principio supremo, ma nel quale si ignorano spesso le posizioni delle parti¹³, ci si difende dagli interventi¹⁴ e anche dalla richiesta di strumenti probatori – si riflettono inevitabilmente sulle incertezze nell'utilizzazione di poteri che farebbero molto bene alla Corte non solo e non tanto nell'ottica di un giudice che risolve le controversie (ottica discutibile perché non lo è e non lo sarà mai), quanto piuttosto, come cercherò di dimostrare in queste mie riflessioni, nell'ottica di un decisore che attua scelte di principio analoghe a quelle legislative e che necessita di un processo che legittimi le sue decisioni anche di fronte

¹¹ Sia consentito ancora il richiamo a M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 50 ss.

¹² Sulla possibilità di parlare di un vero e proprio processo costituzionale, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, XI, 480 ss., oltre che a G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1989, e a V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, 1085 ss.

¹³ Occorre in questa sede rimarcare il carattere granitico della giurisprudenza che nega alle parti la possibilità di modificare il *thema decidendum*, anche qualora sia possibile registrare piena corrispondenza con l'istanza sollevata nel giudizio *a quo*. Con una recentissima decisione, la Corte ha ribadito, nel solco della sua giurisprudenza, che l'"oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nell'ordinanza di rimessione, sicché non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto della stessa ordinanza" (cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 239 del 2019).

¹⁴ In argomento, si veda M. D'AMICO, *Parti del processo a quo costituite e non costituite*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino 1998, 28; e più di recente, v. C. SICCARDI, *L'ordinanza n. 209 del 2015: un'occasione per riflettere nuovamente sul ruolo delle parti private nel giudizio in via incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2016.

all'opinione pubblica. In quello scritto ritenevo che il modello processuale più consono fosse quello di un processo "a contenuto oggettivo": lo ritengo ancora oggi, a maggior ragione quando affrontiamo *funditus* il problema degli strumenti istruttori.

2. *La prassi: dall'inesistenza di un "diritto delle prove" a recenti casi dove si profila un utilizzo più incisivo*

A partire dal 1956 ad oggi la Corte ha pronunciato un totale di meno di 100 ordinanze istruttorie: circa il 40 per cento di dette ordinanze sono state pronunciate sino al 1986 e sono state pubblicate; le restanti, invece, pronunciate dal 1987 ad oggi, non sono né numerate né pubblicate, ma semplicemente conservate presso la cancelleria della Corte stessa.

Da ultimo, in calce alla decisione n. 197 del 2019, decidendo solo parzialmente una questione di legittimità costituzionale su un giudizio in via principale e rilevando la necessità di acquisire ulteriori informazioni e dati, la Corte ha adottato e pubblicato una ordinanza istruttoria indirizzata alle parti, chiamandole ad adempiervi entro un termine di 60 giorni¹⁵.

Rispetto a tutte le ordinanze pronunciate, 69 hanno riguardato giudizi di legittimità costituzionale di leggi o atti aventi forza di legge; solo 25 dunque hanno investito le altre competenze della Corte costituzionale. In particolare, 47 ordinanze sono state pronunciate nell'ambito di giudizi sulla legittimità della legge introdotti in via incidentale; 22 nell'ambito di giudizi sulla legge in via principale; 19 nell'ambito di giudizi per conflitto tra enti; soltanto 6 in giudizi per conflitto tra poteri dello Stato. Non risultano, invece, ordinanze istruttorie pronunciate nell'ambito di giudizi di ammissibilità del *referendum* abrogativo¹⁶.

Tanto premesso sul versante statistico, occorre rilevare che nella più

¹⁵ Su tale decisione si tornerà anche oltre, in modo più approfondito. Sul punto si vedano le interessanti considerazioni di G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio fra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 2020, I.

¹⁶ Cfr. sui dati, M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 49 ss. Facendo in particolare riferimento agli ultimi anni si può rilevare come nel 2015 – e su questo profilo si tornerà più approfonditamente anche oltre – la Corte costituzionale in materia economico-finanziaria abbia disposto un'ordinanza istruttoria, le cui risultanze sono confluite nella sentenza n. 188 del 2016. Non risultano invece ordinanze istruttorie per l'anno 2017, mentre nel 2018 la sentenza n. 101 si è limitata a richiamare l'ordinanza istruttoria del 2015 relativa alla sentenza n. 188 del 2016.

risalente giurisprudenza costituzionale, si registrano alcuni casi di ricorso ai poteri istruttori su impulso di parte.

Nella sentenza n. 15 del 1960, la Corte costituzionale ha dato conto di un'ordinanza istruttoria pronunciata d'ufficio: si tratta dell'ord. n. 75 del 1958, seguita poi da una richiesta della difesa della parte di svolgere un nuovo adempimento istruttorio, a cui la Corte diede seguito con l'ordinanza n. 61 del 1959. La questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava, in quella occasione, la pretesa discriminazione generata da una norma sul reclutamento dei segretari comunali che limitava la partecipazione ai corsi di abilitazione per tale qualifica solo ai cittadini "oriundi" della Provincia di Bolzano.

Viene in rilievo un'ordinanza istruttoria richiesta dalle parti anche nella sentenza n. 33 del 1961. La questione aveva ad oggetto un decreto legislativo di espropriazione per riforma fondiaria per supposto contrasto con i principi contenuti nella legge delega che ne aveva preceduto l'adozione. In quest'occasione, la difesa delle parti private costitutesi aveva richiesto alla Corte di esercitare i propri poteri istruttori per ordinare al Ministero dell'agricoltura e delle foreste e all'Ente Maremma di esibire tutti i documenti e gli atti relativi ai decreti di esproprio. Interessante notare che la Corte, con l'ord. n. 42 del 1960, ritenne opportuno, in via preliminare, acquisire i documenti indicati dalla parte privata e, conseguentemente, dispose i richiesti incombenti, incentrando poi l'argomentazione della decisione sull'omessa esibizione della documentazione relativa alla dichiarazione di esonero da parte degli enti coinvolti¹⁷.

In occasione della pronuncia n. 92 del 1981, l'esercizio dei poteri istruttori della Corte fu richiesto dall'Avvocatura dello Stato. All'attenzione della Corte erano poste, in quel caso, la legge n. 336 del 1970 e la legge n. 824 del 1971, che estendevano i benefici in favore degli ex combattenti previsti per i dipendenti delle amministrazioni statali anche al personale delle regioni, degli enti locali e delle loro aziende. Con ord. letta in udienza il 16 maggio 1979, la Corte accolse le richieste istruttorie ed ordinò alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero del tesoro il deposito di una relazione, al fine di accertare l'entità e l'incidenza degli oneri sostenuti da parte degli enti in parola in virtù dell'applicazione delle previsioni oggetto di censura.

¹⁷ Cfr. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 206.

Dall'esame della prassi, però, emergono numerosi casi di accertamenti istruttori richiesti dalle parti, ma non accolti dalla Corte.

Nella sentenza n. 207 del 1983, in tema di ordinamento della professione di ragioniere e di perito commerciale, il Consiglio nazionale dei ragionieri e dei periti commerciali, ritualmente costituitosi in giudizio, richiese con "formale richiesta" depositata alla vigilia dell'udienza pubblica alla Corte di disporre "in via istruttoria" l'assunzione di informazioni presso il Ministero di grazia e giustizia al fine di conoscere il parere di quel Dicastero¹⁸. Netta la risposta della Corte, nel senso del rigetto della richiesta: "i mezzi istruttori giovano allo scopo di conoscere dati od elementi di fatto, non già per stabilire in qual modo si debba interpretare la disciplina impugnata (o per surrogare – come, in sostanza, si vorrebbe nella specie – il mancato intervento del Presidente del Consiglio dei ministri)".

È interessante anche richiamare la sent. n. 38 del 2002¹⁹: la parte privata costituita aveva sollecitato la Corte ad acquisire mediante ordinanza istruttoria, presso il Ministero della sanità, i dati relativi ai soggetti realmente indennizzati per i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie. Con tale richiesta si voleva, in particolare, dimostrare che l'eventuale dichiarazione di illegittimità della normativa non avrebbe posto alcun problema di bilancio, attesa la esiguità di coloro che si trovavano nella suddetta situazione di sofferenza. La questione è stata poi decisa dalla Corte nel senso dell'infondatezza, senza alcun cenno né alla richiesta effettuata dalla parte (richiamata solo nel ritenuto in fatto), né alle ragioni per cui si è ritenuto di non espletare l'incombente istruttorio proposto.

La dottrina che si è occupata del tema ha restituito un dato piuttosto rilevante: i casi in cui la Corte ha esercitato i poteri istruttori in assenza di parti private costituite sono quantitativamente molto ridotti. Al netto di due casi in cui ordinanze di questo tipo hanno avuto il mero scopo di integrare la documentazione processuale inerente alla vicenda giudiziaria oggetto del giudizio *a quo*²⁰, è utile segnalare la vicenda definita con la

¹⁸ La richiesta era volta, nel dettaglio, ad "accertare se, in particolare, quell'Ufficio legislativo, interpellato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, abbia espresso in data 10 marzo 1978 il parere che l'abilitazione all'insegnamento della ragioneria negli Istituti tecnici e commerciali... non può ritenersi equivalente all'esame per l'abilitazione all'esercizio professionale".

¹⁹ Su cui si veda il commento di G. DI GENIO, *Moniti al legislatore ed "esigenze di normazione" nelle sentenze di rigetto della corte costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 2002.

²⁰ Si tratta delle ordinanze n. 8 del 1961 e n. 308 del 1986; osserva precisamente G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit.,

sent. n. 20 del 1980, in tema di lavorazione e commercio di alcuni prodotti alimentari. L'autorità rimettente prospettava un contrasto con l'art. 41 Cost. del divieto, previsto dalla legge n. 580 del 1967, di produrre e mettere in commercio paste alimentari di farina integrale di grano duro. La stessa autorità rimettente auspicava che la Corte costituzionale potesse verificare "in concreto" le esigenze di utilità sociale, sottese alla limitazione legislativa. Per effettuare tale verifica la Corte, in assenza di parti costituite, attiva un'istruttoria approfondita presso i Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste, di cui dà ampiamente conto nella decisione, e, pur essendoci posizioni diverse fra i due Ministeri e pur non essendo nocivi i prodotti integrali, alla luce delle dichiarazioni del Ministero della sanità, ritiene condivisibile la ragione della protezione dell'agricoltura locale, alla luce delle spiegazioni fornite dal Ministero dell'Agricoltura e dall'analisi dei lavori parlamentari, dichiarando infondata la questione.

Un altro caso risalente, interessante, che riguarda il ricorso ai poteri istruttori senza costituzione di parti, è quello deciso con la sent. n. 438 del 1995, in tema di rinvio dell'esecuzione della pena per i soggetti affetti da HIV: con ordinanza istruttoria del 2 giugno 1995, la Corte costituzionale richiese informazioni dettagliate al Ministero di grazia e giustizia in relazione a tutta una serie di dati numerici e scientifici utilizzati successivamente nella pronuncia.

A fronte di questo preliminare quadro relativo all'attivazione dei poteri istruttori da parte della Corte, si possono svolgere alcune considerazioni di carattere generale in relazione ad aspetti che più strettamente attengono al processo costituzionale²¹.

Quanto alle modalità di registrazione e deposito: fino al 1986, le ordinanze istruttorie, dopo il deposito in cancelleria, venivano numerate ed inserite nella *Raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte costituzionale*, a norma di quanto previsto dall'art. 19, legge n. 87 del 1953. Dopo il 1986, invece, c'è stato unicamente il deposito in cancelleria, senza alcuna numerazione o pubblicazione conseguente. Sul piano

208, che, nel primo caso, si richiese la trasmissione di una sentenza non definitiva emessa dal giudice remittente nella stessa data dell'ordinanza di rimessione; nel secondo, si domandarono informazioni sulle sorti di un giudizio di appello contro una sentenza parziale emessa nel giudizio *a quo* dal giudice rimettente.

²¹ Su questi profili si vedano ancora diffusamente T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 257 ss.; e G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 300 ss.; più di recente, sugli stessi profili, si vedano le osservazioni di V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 309 ss.

pratico, pertanto, l'intervenuta pronuncia di simili ordinanze può essere ricavata soltanto dal ritenuto in fatto delle sentenze relative a questioni per la cui definizione si sia reso necessario, appunto, ricorrere a siffatti incumbenti istruttori, oppure, come è avvenuto in occasione della già richiamata sentenza n. 197 del 2019, l'ordinanza istruttoria può essere letta in calce alla medesima decisione, che definisce almeno una parte delle questioni. Si tratta di un aspetto estremamente rilevante, in grado di frustrare radicalmente l'esigenza di trasparenza sottesa al giudizio davanti alla Corte costituzionale. Una simile circostanza, peraltro, sembra acuire ancora di più il carattere inquisitorio dello strumento in parola²².

Con riferimento alle modalità di adozione, va osservato che normalmente tali ordinanze vengono adottate in camera di consiglio, anche a seguito di udienza pubblica²³. Il termine entro cui espletare l'incumbente istruttorio richiesto è oscillato tra un minimo di 30 giorni e un massimo di 120 giorni; in taluni casi, il mancato rispetto del termine da parte del soggetto/ente richiesto ha dato luogo alla reiterazione della richiesta in precedenza avanzata. Questo profilo, peraltro, deve necessariamente essere collegato allo stesso assolvimento dell'onere istruttorio predisposto dalla Corte costituzionale, su cui si tornerà oltre.

La motivazione è normalmente succinta, con un richiamo generico ad acquisizione di materiale che potrebbe essere utile per la decisione, con uno stile che esprime l'intento della Corte di ritenersi libera nell'utilizzazione dello stesso e che, in alcuni casi, non nasconde l'intento dilatorio delle richieste in oggetto, come segnalato dalla dottrina²⁴.

²² Osserva M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 62: "che sino al 1985 le ordinanze istruttorie recano la firma di tutti i membri del collegio, mentre dal 1985 in poi recano le sole firme del redattore e del presidente (oltre ovviamente a quella del cancelliere). Si tratta, in questo caso, di una particolare forma di "anticipazione" in via pretoria di quanto, di lì a poco, la Corte sancirà come legislatore, modificando con propria deliberazione l'art. 18, 5° comma, delle norme integrative".

²³ Secondo T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 187, l'unica ordinanza istruttoria pronunciata in dibattimento risale al 16 maggio 1979, con cui peraltro si rinviò la questione a nuovo ruolo.

²⁴ In particolare, per G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 251, "le ordinanze sono state quasi tutte motivate succintamente con un richiamo generico ad acquisizione ritenute opportune ai fini della 'comprensione' della questione o più astrattamente ai fini del giudizio"; per T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 179, la motivazione succinta, o del tutto assente, andrebbe ricollegata al fatto che la Corte non vuole preconstituirsì vincoli, come farebbe se indicasse l'utilizzo che intende fare della documentazione raccolta, rimanendo libera di ponderare più accuratamente l'influenza sul giudizio di tale materiale

Sul versante dell'oggetto delle richieste istruttorie avanzate: il panorama delle richieste risulta molto variegato, si passa infatti da casi di richieste di acquisizioni documentali molto puntuali a richieste assai generiche, volte a ricostruire o comprendere una data situazione fattuale. A questa seconda, ampia, categoria può essere ricondotto il caso dell'ord. n. 128 del 1957, con cui la Corte ritenne opportuno, prima di esaminare le questioni sollevate, "acquisire elementi circa i luoghi, i modi e i risultati della concreta applicazione" del decreto impugnato.

Con riguardo ai destinatari delle richieste istruttorie formulate dalla Corte costituzionale, va detto che, nella maggioranza dei casi, è stato richiesto il deposito di documenti, informazioni, chiarimenti o dati al Governo (per il tramite della Presidenza del Consiglio dei ministri o direttamente dei Ministeri) ed alle pubbliche amministrazioni. Il dato interessa per sottolineare come "il giudice delle leggi abbia voluto mantenersi sempre – nell'esercitare i propri poteri istruttori – entro i confini cognitivi della sfera del pubblico potere"²⁵. Solo in un'occasione, la Corte si è rivolta direttamente ai Presidenti delle Camere, senza rivolgersi alla Presidenza del Consiglio dei ministri, per l'acquisizione di elementi "connessi con l'autonomia costituzionale degli organi, per cui sarebbe risultata davvero anomala l'interposizione del Governo" (precisamente, con l'ord. 22 maggio 1992, con cui si richiese la trasmissione di una relazione avente ad oggetto il regime degli assegni vitalizi concessi ai parlamentari cessati dal mandato, con riferimento alle norme allora vigenti in materia).

Un aspetto interessante concerne il mancato assolvimento dell'onere istruttorio: dalla giurisprudenza risalente a quella più recente è possibile fare una distinzione fra le diverse tipologie di giudizio in relazione al modo in cui vengono utilizzati i poteri istruttori. Nei giudizi "di parte" e in particolare nei giudizi in via principale, la Corte costituzionale sembra infatti ricavare dal mancato assolvimento dell'onere istruttorio la prova delle circostanze addotte dall'altra parte a sostegno e a difesa della sua posizione²⁶.

– "così facendo, però, è difficile in molti casi sfuggire dalla impressione di un utilizzo dei poteri istruttori effettuato essenzialmente in funzione dilatoria".

²⁵ Così G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 252.

²⁶ Cfr. G.P. DOLSO, *Prospettive inedite*, cit., 252, con specifico riguardo al giudizio in via principale: "Dal tenore della decisione si desume che nel caso la Corte, in difetto di risposta da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha dato per provata l'ipotesi sottesa alla doglianza della Regione che, pur basandosi su una serie di elementi, attendeva di essere corroborata dai dati che al riguardo la Corte aveva richiesto. Da ciò si potrebbe trarre

Da ultimo, in relazione alle prove testimoniali (espressamente richiamate dall'art. 13 della legge n. 87 del 1953), si può osservare che, con l'ord. n. 48 del 1958, fu assegnato direttamente al giudice relatore della questione il compito di svolgere l'istruttoria, tramite audizione diretta del Presidente della Camera dei deputati (unico caso dell'utilizzazione della testimonianza quale mezzo di prova nei giudizi di legittimità).

3. Segue. *Le recenti decisioni nell'ambito di giudizi "in via principale"*

L'analisi della prassi finora condotta deve a questo punto fare i conti con alcune recenti decisioni, rese in giudizi in via principale, nelle quali finalmente, portando a conseguenze più radicali la distinzione fra le differenti tipologie di giudizio e il modo di utilizzazione dei poteri istruttori, il giudice costituzionale attiva istruttorie formali, comincia a rendere concreto un contraddittorio sulle prove già durante lo svolgimento dell'udienza pubblica sollecitando direttamente le parti, dà conto nella motivazione della decisione del rapporto fra il risultato dell'istruttoria e il contenuto della pronuncia, riprendendo da ultimo, in un caso non ancora concluso (sent. n. 197 del 2019), la pubblicazione del contenuto della richiesta istruttoria medesima.

Sembra necessaria una descrizione di questi casi, che costituiscono una vera novità nel panorama giurisprudenziale.

Si tratta di giudizi in via principale, relativi al meccanismo dell'accordo tra Stato e autonomie speciali in materia finanziaria.

In particolare, con ordinanza istruttoria del 26 novembre 2015 all'esito della pubblica udienza del 4 novembre 2015 (relativa alla sentenza n. 188 del 2016 poi richiamata dalla sentenza n. 101 del 2018)²⁷, la Corte ha ritenuto "necessario" acquisire "dalle amministrazioni interessate

una «regola di giudizio» valevole soprattutto nella sede di un giudizio di parti quale quello in via di azione. Laddove una delle parti non evada le richieste istruttorie ritualmente avanzate, la Corte può dare per «provate» quelle circostanze che, nell'ottica della parte che le aveva evocate, fornivano la base giustificativa della richiesta di dichiarazione di illegittimità della legge impugnata. Ciò evidentemente risulta possibile, o comunque più agevole, quando vi sia sostanziale corrispondenza tra doglianza avanzata e attività istruttoria funzionale a dimostrarne la fondatezza". Una questione aperta si pone sulla possibilità di ipotizzare, in tali casi di mancato assolvimento dell'onere istruttorio, un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che veda la Corte partecipare con il ruolo di "parte".

²⁷ A commento della sentenza n. 188 del 2016 si veda specificamente ancora G.P. DOLSO, *Prospettive inedite*, cit.

analitiche informazioni e una compiuta documentazione sull'eventuale avvio delle procedure negoziate finalizzate a rideterminare il riassetto della fiscalità territoriale”, specificando come “tali acquisizioni istruttorie debbano riguardare anche l'individuazione e la quantificazione degli effetti prodotti dalle norme censurate in combinato con quelle impuginate attraverso i precedenti ricorsi, nonché gli effetti quantitativi prodotti dall'applicazione delle predette disposizioni”.

A seguito dell'ordinanza istruttorie, il 26 gennaio 2016 sia la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia sia la Presidenza del Consiglio hanno depositato rispettivamente una relazione illustrativa e una memoria difensiva insieme a ulteriore documentazione. Inoltre, il 26 maggio 2016 la Regione ricorrente ha depositato ulteriore memoria.

Le ricadute concrete di tale formale attività istruttorie si riscontrano puntualmente nelle motivazioni della conseguente sentenza n. 188 del 2016 (la cui udienza pubblica si è tenuta il 14 giugno 2016).

La Corte, infatti, tiene a sottolineare che “le risposte fornite dalle parti in ordine alla citata istruttoria hanno posto in rilievo dati concordanti oppure complementari e sostanzialmente compatibili. È la loro lettura che continua a differenziare le due posizioni processuali ed in particolare: il giudizio sulla mancata previsione normativa della procedura pattizia e della sua doverosità [...]; la valutazione in tema di neutralità della manovra; l'esistenza di dati analitici sui quali basare la procedura pattizia”.

Dopo la necessaria ricostruzione del quadro normativo di riferimento, la Corte, ancora una volta, valorizza pienamente gli esiti della propria istruttoria, evidenziando che i “plurimi elementi di contrasto con i suddetti parametri costituzionali” emergono, precisamente, anche dalle relative risultanze, con ciò rendendo pienamente trasparente il percorso decisionale e motivazionale della sentenza anche attraverso la stesura delle argomentazioni e delle informazioni fornite dalle parti.

L'altro caso importante, sempre in un giudizio costituzionale in via principale introdotto da un ricorso statale nei confronti della legge di stabilità per l'anno 2018 della Regione Sicilia, è costituito dalla sent. n. 197 del 2019, con cui la Corte ha rilevato che alcune delle questioni proposte fossero “meritevoli di apposita istruttoria finalizzata ad acquisire elementi indispensabili di fini della decisione”.

La particolarità della decisione risiede nel fatto che la Corte – che pure aveva già separato alcune questioni, assegnandole ad altri due diversi giudici relatori, la cui udienza pubblica è prevista per il 14 gennaio 2020 – ha deciso di separare ulteriormente le questioni.

Da un lato, infatti, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune fra le disposizioni censurate; dall'altro ha disposto per altre disposizioni che, entro 60 giorni dalla comunicazione, la Regione resistente e il Presidente del Consiglio dei ministri fornissero informazioni e producessero determinati documenti, secondo l'ordinanza allegata alla sentenza. Risulta peraltro significativo che, già durante la pubblica udienza relativa alle questioni oggetto di ricorso, il giudice relatore avesse rivolto alle parti alcune espresse richieste di chiarimento.

Ad oggi non risulta ancora fissata la data di udienza pubblica per la trattazione delle questioni che sono state oggetto di richiesta istruttoria.

Dall'esame della sent. n. 188 del 2016, pare quindi emergere la possibilità che, una volta espletata l'istruttoria e depositati i relativi atti ai sensi dell'art. 14 della Norme integrative, si possa innestare un contraddittorio successivo, attraverso il deposito di opportune memorie.

E sempre dall'analisi della prassi recente, con riguardo al carattere più o meno collegiale della decisione di esercitare poteri istruttori, non è senza significato la circostanza che si tratti in tutti i casi dello stesso relatore e, dunque, l'attivazione di tali strumenti appare, in questo momento, anche collegata alla particolare sensibilità del relatore medesimo²⁸.

Venendo quindi ad alcune considerazioni generali e di certo non definitive, si potrebbe però concludere che esiste una differenza strutturale, pensando in particolare al giudizio sulle leggi, fra il giudizio in via incidentale e il giudizio in via principale: il primo, come giudizio "senza parti" o a parti "eventuali", dove la Corte utilizza i poteri istruttori in modo episodico, di certo non in contraddittorio con le parti costituite, ma spesso disattendendo le loro istanze, dove in parole più semplici possiamo ancora dire che non esiste un "diritto delle prove", dal momento che non esiste un diritto processuale costituzionale; il secondo, come un giudizio "di parti", dove le richieste istruttorie da sempre sono state indirizzate prevalentemente alle due parti del giudizio e valutate dalla Corte, almeno di fronte al mancato assolvimento delle richieste. La giurisprudenza recente, non a caso proprio nell'ambito dei giudizi in via principale, sembra

²⁸ G.P. DOLSO, *Prospettive*, cit., 247, sottolinea opportunamente che: "Non è un caso che il giudice relatore della sentenza n. 188 risulti pure relatore della precedente, e a più riprese evocata sent. 155 del 2015. Vi è quindi tra le due pronunce un nesso di continuità di cui le parti del giudizio si sono mostrate del resto del tutto consapevoli: tale continuità, unita alla coincidenza del Giudice relatore, ha certamente contribuito a creare le condizioni affinché la Corte potesse superare la precedente pronuncia di inammissibilità a seguito appunto di opportuna, e «mirata», attività istruttoria".

aprire una strada virtuosa, da rafforzare, che comincia a far intravedere un “diritto delle prove”, intorno al quale le parti possono confrontarsi e le cui risultanze influiscono sul percorso motivazionale della decisione.

Se questo filone giurisprudenziale dovesse confermarsi, la dottrina dovrebbe in parte rivedere i propri giudizi su questo capitolo del processo costituzionale²⁹.

4. *Aspetti meritevoli di maggiore riflessione in relazione al giudizio in via incidentale*

Alla luce della prassi e tornando alle logiche del giudizio “incidentale”, occorre sottolineare che da sempre per il giudice costituzionale la mancata attivazione di istruttorie formali, spesso sostituite da istruttorie informali, costituisce a mio avviso un aspetto negativo della giurisprudenza costituzionale, che potrebbe molto arricchirsi dall’attivazione di formali istruttorie o anche, come accade in altri Paesi o davanti ad alcuni Tribunali sovranazionali, come vedremo, dall’audizione o dalla collaborazione di “esperti” in relazione ai temi oggetto del giudizio. In particolare, a me pare che istruttorie o audizioni “formali” sarebbero molto utili in tre ambiti: nel caso di questioni a rilevanza scientifica; in generale, anche oltre i giudizi in via principale, quando vi siano valutazioni di carattere economico; infine, in relazione ad alcune questioni a particolare impatto “organizzativo e simbolico”.

4.1. *I poteri istruttori e le questioni di rilevanza scientifica*

Numerose sono state, soprattutto negli ultimi anni, le questioni poste alla Corte costituzionale in cui hanno assunto rilievo centrale le acquisizioni tecnico-scientifiche e, di conseguenza, i profili problematici connessi al (mancato) ricorso ai poteri istruttori.

Si pensi, in particolare, alle decisioni sul caso “Stamina” (sentenza

²⁹ Risulterebbe infatti da rivedere il “luogo comune” sulla totale debolezza di questo istituto nel processo costituzionale: cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.; T. GROPPI, *Poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit.; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit.; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit.; spunti invece in G.P. DOLSO, *Prospettive*, cit., e G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio fra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, cit.

n. 274 del 2014)³⁰, sulla procreazione medicalmente assistita (sentenze n. 151 del 2009; n. 162 del 2004; n. 96 del 2015; n. 229 del 2015; n. 84 del 2016)³¹, sui vaccini (sentenze n. 268 del 2017 e n. 5 del 2018)³² e, da ultimo, sul “fine vita” (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019)³³.

³⁰ Sulle problematiche sottese alla cd. vicenda Stamina si vedano le osservazioni di G. D'AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014, e C. NARDOCCI, *Caso “Stamina”: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, I, 160 ss.

³¹ Fra i tanti contributi su tali profili cfr.: M. D'AMICO, *La fecondazione “eterologa” ritorna davanti alla Corte costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, VI, 745 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2016, II, 171 ss.; E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita – La legge 40-2004 tra Corte costituzionale, Corte CEDU e giudice ordinario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, II, 428 ss.; G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, 165 ss.; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *www.confrontocostituzionali.eu*, 2015; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2015, III, 805 ss.; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, III, 755 ss., e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano 2017.

³² Le differenti problematiche sollevate nei rispettivi giudizi costituzionali sono affrontate in numerosi contributi, fra i quali da ultimo B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2019, III, 115 ss.; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.*, 2018, I, 375 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *www.giurcost.org*, 2018, I; e C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, II, 465 ss.

³³ Successivamente allo svolgimento di questo seminario sono state depositate le motivazioni della sentenza n. 242 del 2019 che ha definitivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale, nei limiti ivi indicati, dell'art. 580 c.p.

Sia consentito il rinvio, sulle generali problematiche sottese al tema del cd. suicidio assistito nonché alla tecnica decisoria utilizzata con l'ordinanza n. 207 del 2018, a M. D'AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019, oltre che alle osservazioni di M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *www.questionegiustizia.it*, 2018; F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *www.*

I dati scientifici assunti a presupposto delle decisioni della Corte non sono però sempre chiari e anche quando emergono nella motivazione della pronuncia (si pensi per esempio ai numerosi e corretti riferimenti della sentenza n. 162 del 2014, che dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa) non sono stati oggetto di contraddittorio fra le parti nell'udienza pubblica.

In altri casi, la mancata apertura ad audizioni o ad apporti di scienziati ha reso problematica la decisione, come nel caso della sentenza n. 96 del 2015, che si riferisce ad "apposite strutture pubbliche", che devono "per esigenza di cautela" accertare le patologie di cui sono affetti i componenti della coppia che richiede l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, in relazione alla specifica patologia di cui sono portatori, alla diagnosi genetica preimpianto.

La Corte costituzionale, inoltre, fa riferimento nella decisione anche alla "auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso" alle tecniche assistite, anche per le coppie né sterili né infertili. Come è noto, peraltro, tali specifiche indicazioni, strettamente connesse al rilievo della tecnica e dell'evoluzione scientifica in misura tale da imporre, per la Corte, un periodico aggiornamento, non sono state oggetto di alcun provvedimento legislativo da parte del Parlamento e nemmeno del successivo aggiornamento delle linee guida ministeriali in materia del 2015.

Un altro significativo esempio in ordine alle conseguenze di una "mancata istruttoria" è costituito dalla sentenza n. 84 del 2016, che rigetta la questione sulla possibilità di utilizzare ai fini di ricerca scientifica gli embrioni abbandonati dalle coppie in nome della loro dignità. Tale decisione risulta, a mio avviso, discutibile proprio perché non tiene conto del punto di vista degli scienziati.

In questo giudizio, le parti del processo *a quo* e le associazioni terze intervenienti avevano fatto istanza al Presidente della Corte affinché audisse alcune personalità del mondo scientifico, ma la Corte ha respinto la richiesta di attivare i poteri istruttori perché proveniente da parte costitutesi tardivamente e da soggetti che non avevano acquisito la qualità di parti nel giudizio costituzionale.

forumcostituzionale.it, 2019; P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, ivi, 2019; e N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, ivi, 2018, X.

Proprio in questo caso, però, la Corte ben avrebbe potuto attivare in via autonoma quei poteri istruttori che le avrebbero consentito anche di dare un maggiore peso a una questione cruciale per il futuro della ricerca italiana, a fronte della irreversibile inutilizzabilità di quella specifica categoria di embrioni.

Il mancato ricorso a istruttorie formali emerge, inoltre, con riguardo alla dibattuta questione dei vaccini e dell'introduzione del relativo obbligo per i minori di età (decreto-legge n. 73 del 2017).

Con la sentenza n. 5 del 2018 la Corte, salvando la disciplina, ha svolto alcune considerazioni che toccano il grado di affidabilità della somministrazione dei vaccini e che avrebbero potuto richiedere il coinvolgimento formalizzato di scienziati e medici: la Corte ha infatti ritenuto ragionevole il meccanismo di flessibilizzazione dell'obbligo a fronte del raggiungimento di una soddisfacente soglia di copertura vaccinale, senza considerare – almeno in modo espresso – i rischi connessi al possibile ritorno alla tecnica della sola raccomandazione proprio in termini di copertura e, di conseguenza, in termini di cd. immunità di gregge.

Al contrario, con la sentenza n. 268 del 2017 che aveva a oggetto la ben diversa questione relativa all'estensione del diritto di indennizzo a seguito di menomazioni fisiche e psichiche anche alla vaccinazione raccomandata anti-influenzale (in relazione alla quale come vedremo si pongono diverse questioni sull'attivazione dei poteri istruttori dal punto di vista dell'impatto economico-finanziario), la Corte ha tenuto a rimarcare che tale riconoscimento non comporta affatto “valutazioni negative sul grado di affidabilità scientifica della somministrazione delle vaccinazioni”.

In questa occasione, in effetti, risulta coerente tale affermazione rispetto a quanto la stessa Corte ha sottolineato sul rilievo che, in materia di riconoscimento dell'indennizzo, assumono le “esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo”, che “richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale”. Poste su tale piano le questioni, infatti, si attenuano le esigenze di effettuare una formale istruttoria sull'efficacia dei trattamenti di vaccinazione, in particolare di quelli antinfluenzali, valorizzandosi invece, nel bilanciamento, il rapporto di solidarietà fra il singolo individuo e la collettività. Qualunque fosse stata la conclusione di una formale attività istruttoria da parte della Corte, in definitiva, sarebbe stato difficile immaginare un diverso esito del giudizio costituzionale.

In relazione al c.d. caso Cappato, la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019 – a seguito dell'ordinanza n. 207 del 2018 con la

quale la Corte aveva lasciato tempo al Parlamento per provvedere entro la data del 24 settembre 2019 – ha definitivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., “nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”. Si può rilevare come l'attivazione dei poteri istruttori avrebbe potuto incidere sulla solidità del percorso che sorregge le motivazioni delle due decisioni, con specifico riguardo al rapporto fra accertamento della patologia, applicazione delle cure palliative e refrattarietà ad ogni tipo di trattamento.

La decisione dunque è l'esito di un percorso complesso dove, con l'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte aveva già accertato l'incostituzionalità della norma ed enucleato le condizioni che renderebbero non penalmente punibile l'aiuto, chiedendo però al legislatore di intervenire. Di fronte all'inerzia del legislatore, la Corte chiude la vicenda con una decisione manipolativa autoapplicativa nella quale però emergono alcune incertezze, a mio parere, proprio dal punto di vista della tenuta scientifica della pronuncia. Come accerteranno i medici le condizioni descritte nella pronuncia? Come si applicherà in concreto l'*iter* procedimentale già ricavabile dalla legge n. 219 del 2017? Come si rapporterà la “coscienza” del medico di fronte alla scelta di autodeterminazione del paziente? La complessità del tema e il silenzio del Parlamento avrebbero a mio avviso di certo richiesto un coinvolgimento della scienza nel processo costituzionale: scienza che, nell'ambito di una pronuncia importante per l'affermazione piena dei principi costituzionali, rimane però muta³⁴.

³⁴ Per prime osservazioni fortemente critiche si veda A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost., n. 242 del 2019)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 24 novembre 2019. Si veda anche C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di*

È evidente quindi, in casi come quelli appena evidenziati, che una istruttoria “formale”, sia sotto la forma di acquisizione di dati da soggetti “terzi”, imparziali, sia sotto la forma di audizioni di esperti, potrebbe dare voce alla scienza e servirebbe a legittimare meglio, e in modo più trasparente, decisioni che spesso hanno ad oggetto temi molto complessi, conflittuali, dove anche l'opinione pubblica appare divisa e confusa.

4.2. I poteri istruttori e le questioni di impatto economico-finanziario

In materia economica e finanziaria, come è noto, la Corte costituzionale in passato è stata restia ad attivare poteri istruttori formali. Era però stato istituito, a questo fine, un ufficio che specificatamente si occupava delle valutazioni sottese all'impatto economico delle decisioni della Corte³⁵.

Poiché tale ufficio è stato smantellato, si ripropongono oggi le problematiche relative alla mancata attivazione, quantomeno in via formale, dei poteri istruttori da parte della Corte in un settore, quale quello economico-finanziario, che risulta indubbiamente delicato, al pari di quello in cui, come si è visto, vengono in rilievo l'evoluzione e le acquisizioni scientifiche.

Noti sono i casi costituiti dalle sentenze n. 10 del 2015 – in materia economica, relativa all'addizionale (c.d. Robin Tax) all'imposta sul reddito delle società (IRES), con cui si è valorizzato il parametro del nuovo art. 81 Cost. e si sono richiamati direttamente i poteri conferiti dall'art. 136 Cost., limitando gli effetti della decisione “solo per il futuro” e recidendone il legame anche con il giudizio *a quo* – e n. 70 del 2015, in cui la Corte accoglie la questione avente a oggetto le norme che stabilivano il blocco integrale e biennale – anni 2012 e 2013 – dell'adeguamento automatico per i trattamenti previdenziali superiori a tre volte il minimo, senza preoccuparsi dell'impatto economico di una decisione retroattiva e

non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa, in *Sistema Penale*, 2019, XII, 33 ss.; si vedano anche le considerazioni nel senso di un mancato riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio di B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *www.diritticomparati.it*, 9 dicembre 2019.

³⁵ Sul tale specifico profilo si vedano le considerazioni svolte da T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 275 ss.

causando in quell'occasione una perdita ingentissima e problematica per le finanze statali³⁶.

In quelle occasioni si era evidenziato come in assenza di dati formali, la Corte avesse adottato due impostazioni opposte: nella sent. n. 10 si era infatti preoccupata dell'impatto economico di una decisione retroattiva per le finanze statali e per le ripercussioni sul principio del pareggio di bilancio, assunto a parametro costituzionale nell'art. 81 Cost.; nel caso di poco successivo, invece, non aveva tenuto conto dei "costi" della decisione di incostituzionalità.

Occorre infine segnalare, sebbene non siano stati attivati formali poteri istruttori, come ulteriore profilo di interesse, sempre in specifica relazione alla materia finanziaria, anche la recentissima sentenza n. 227 del 2019, resa in un giudizio costituzionale in via principale.

La Corte in questa occasione dichiara l'incostituzionalità dell'intero articolato della legge regionale abruzzese n. 28 del 2018 sulla ricostruzione della città L'Aquila, perché "esprime una mera ipotesi politica, la cui fattibilità giuridica ed economico-finanziaria non è supportata neppure da una schematica relazione tecnica". In particolare, la disciplina veniva censurata poiché gli interventi previsti avrebbero inciso su materie di competenza statale senza essere supportati dall'esistenza di alcuna concreta risorsa e sarebbero stati individuati in modo generico, oltre a essere privi di quella chiarezza finanziaria minima, ritenuta indispensabile per una copertura effettiva e giuridicamente valida.

Come emerge anche dal comunicato stampa della Corte costituzionale "si tratta di una rigorosa pronuncia che intende porre fine alla pratica di interventi legislativi privi dei presupposti costituzionali e delle risorse necessarie per fronteggiare gli interventi in essi contenuti": possiamo osservare come, se è corretto richiedere al legislatore una valutazione *ex ante* fattuale ed economica dell'impatto del proprio provvedimento, allo stesso modo il giudice costituzionale dovrebbe preoccuparsi dei dati e delle conseguenze economiche delle proprie pronunce.

Per converso, come abbiamo appena analizzato, di recente, in occasione di altri giudizi in via principale, la Corte ha invece inteso giu-

³⁶ Su tali profili si vedano, fra gli altri, A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015, II; I. CIOLLI, *L'equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, III, 702 ss., e, volendo, M. D'AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, *ivi*, 686 ss.

stamente valorizzare la centralità dei dati economici richiesti alle parti e acquisiti attraverso formali ordinanze istruttorie.

4.3. I poteri istruttori e alcune questioni di impatto organizzativo e simbolico

Da ultimo, è interessante soffermarsi su alcune questioni che non possono rientrare né nel settore tecnico-scientifico né in quello economico-finanziario, ma che ugualmente consentono di ragionare sui profili sottesi al ricorso a istruttorie formali da parte della Corte.

Si pensi, per esempio, alla nota sentenza n. 27 del 1975 con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la punizione penale dell'interruzione volontaria di gravidanza. Senza una formale attivazione di poteri istruttori, nella motivazione della decisione sembra in ogni caso emergere molto chiaramente il riferimento al contesto in cui la stessa si inserisce: in particolare, per tutelare la posizione della donna e il suo diritto alla vita e alla salute la sentenza che consente il trattamento interruttivo a determinate condizioni sembra fare (pur implicito) riferimento alla situazione di fatto relativa al ricorso all'opera "pericolosissima delle fattucchiere", di cui riferisce la stessa Corte³⁷.

Viene inoltre in rilievo la recente decisione sulle c.d. "escort di lusso", sentenza n. 141 del 2019, con cui la Corte ha dichiarato l'infondatezza delle questioni relative all'incriminazione penale delle condotte di terzi che favoriscono le attività di prostituzione, pure nel caso in cui queste attività siano volontariamente intraprese. In questa decisione la Corte in modo problematico in ragione della mancanza di solidi riferimenti statistici – che avrebbero potuto essere utilizzati a fronte di una formale attivazione di poteri istruttori – ritiene che "nella larghissima maggioranza dei casi" vi sarebbero in ogni caso dei fattori che condizionano la libertà di autodeterminazione delle prostitute, che sono "capaci di indebolire la

³⁷ Numerosi sono i contributi che si sono occupati non solo di questa storica decisione, ma anche delle problematiche di ordine applicativo derivanti dalla disciplina introdotta con la legge n. 194 del 1978. Sia consentito il rinvio, per considerazioni relative ai diversi approcci che gli ordinamenti possono adottare in merito al tema dell'interruzione di gravidanza, a M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano 1994; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERNESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, 815 ss., e, ancora, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit.

naturale riluttanza verso una ‘scelta di vita’ quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede”³⁸.

Da ultimo, una riflessione sulle attualissime questioni relative al regime dell’art. 4-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario, nella parte in cui esclude che il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia nei termini di cui all’art. 58-*ter* della legge n. 354 del 1975, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio previsto dall’art. 30-*ter* della medesima legge, dove la Corte ha accolto la questione, trasformando la presunzione della “mancata collaborazione” da assoluta a relativa, come si evince dal comunicato della pronuncia.

Da una prima lettura della motivazione, molto robuste appaiono le argomentazioni alla luce dei principi costituzionali coinvolti. E tuttavia ci si può chiedere se non sarebbe stato comunque opportuno, anche in questo caso, in ragione della delicatezza delle questioni sottese, attivare una formale istruttoria che riguardasse l’impatto di una decisione che di fatto modifica il requisito della collaborazione, in relazione ai gravissimi reati di cui all’art. 416-*bis* c.p., oltre che, a monte, sui profili sottesi alle modalità di prova dell’attualità del collegamento con l’associazione mafiosa di provenienza. Una istruttoria di questo tipo avrebbe anche consentito al giudice costituzionale di ragionare in modo trasparente sulle eventuali indicazioni da dare ai magistrati di sorveglianza per verificare la presunzione stessa della “mancata collaborazione” come indice di “pericolosità”.

³⁸ Su questi profili, connessi alla problematicità del mancato ricorso all’istruttoria da parte della Corte, pur facendo espresso riferimento a non meglio precisati dati di ordine statistico, si vedano le osservazioni di B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, III, 1670 ss.

A commento della decisione si veda anche R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 novembre 2019.

In generale, sui profili sottesi alle questioni, si rinvia a M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, II, 398 ss.; F. MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Diritto penale e processo*, 2018, X, 1328 ss.; A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, III, 153 ss., e C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall’art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio AIC*, 2019, IV, 175 ss.

5. *Uno sguardo oltre l'Italia: spunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*

Un altro modello molto interessante, ma poco conosciuto, è costituito dal giudizio dinanzi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è dotata, sul piano normativo, di poteri istruttori ampi e diversificati contenuti nel proprio Regolamento di procedura.

Prima di soffermarsi nel dettaglio sulle norme, si ritengono opportune alcune brevi considerazioni introduttive sulle modalità entro cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si confronta con l'istruzione probatoria.

Un primo aspetto di rilievo è costituito dai significati che le nozioni di prova e di istruttoria rivestono nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Premesso che né la Convenzione, né il Regolamento di procedura ne forniscono definizioni, è opportuno precisare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato proprie concezioni autonome delle nozioni di istruttoria e di prova, che si distanziano dai significati che questi stessi termini assumono negli ordinamenti degli Stati contraenti.

In ossequio alla teoria dei c.d. "concetti autonomi"³⁹, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ripiega, quindi, sui significati che quelle stesse nozioni assumono a livello degli ordinamenti dei singoli Stati contraenti, preferendo, viceversa, attribuirvi una valenza indipendente: tale elaborazione teorica riflette l'esigenza di assicurare l'uniforme applicazione della Convenzione nei confronti di tutti gli Stati contraenti, a prescindere dalle specificità nazionali; si ricollega, anche, al principio di sussidiarietà⁴⁰, secondo cui la Corte europea dovrebbe assolvere ad una funzione suppletiva e non sostitutiva rispetto alle istituzioni nazionali, e alla teoria (c.d. *fourth instance doctrine*) che intende la Corte europea dei diritti dell'uomo non alla stregua di una Corte di quarta o ultima istanza,

³⁹ Per un approfondimento, si veda G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: how to interpret the ECHR*, in *EJIL*, 2004, 279 e ss.; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, Butterworths, *Law of the European Convention of Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh 1995, 210.

⁴⁰ Sulla *ratio* del principio di sussidiarietà, si rinvia a P. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *The American journal of international law*, 2003, 38 e ss.; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 2009.

bensì come una Corte sovranazionale che possiede proprie regole e che svolge uno scrutinio autonomo sulle fattispecie concrete sottoposte al suo esame.

L'attribuzione di significati autonomi alle nozioni di prova e di istruttoria, quindi, consente alla Corte europea dei diritti dell'uomo di svolgere un'istruttoria che risponde a logiche proprie e che non riproduce o ripiega sulle norme di procedura accolte dal singolo Stato.

Occorre però ricordare che, nella sua giurisprudenza, la Corte europea è solita confrontarsi e svolgere il proprio scrutinio, da un lato, sulle modalità entro cui le autorità nazionali hanno provveduto a svolgere l'istruttoria nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali domestici e, dall'altro, a svolgere valutazioni sulle prove presentate dinanzi ad essa dalle parti, ricorrente e Stato convenuto.

Più complessa si rivela, invece, la rintracciabilità di casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo attiva di propria iniziativa provvedimenti istruttori, facendo uso quindi dei poteri che il Regolamento le attribuisce.

D'altronde tutto l'impianto normativo è, a mio avviso, strutturato nell'ottica di una istruttoria non inquisitoria, ma, al contrario, a disposizione delle parti e da valutare in contraddittorio. Il Regolamento della Corte, a norma dell'art. 47, infatti, pone in capo al ricorrente l'obbligo di produrre tutta la documentazione a supporto del ricorso allo scopo di consentire alla Corte di addivenire ad una soluzione del caso senza la necessità di raccogliere documentazione ulteriore. Sia il Regolamento, sia la giurisprudenza della Corte consentono, inoltre, alla parte ricorrente di produrre documentazione integrativa successivamente al deposito del ricorso, che spetterà alla Corte valutare liberamente nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali⁴¹.

Oltre agli obblighi che gravano in capo alle parti in punto di produzione in giudizio della documentazione a supporto delle doglianze, vanno, anche, ricordati l'art. 38 (*Esame in contraddittorio tra le parti*) della Convenzione⁴² e l'allegato A del Regolamento della Corte, che disegnano un articolato sistema di acquisizione delle prove.

⁴¹ Si precisa, in proposito, che il Regolamento della Corte non contiene norme procedurali che disciplinano la producibilità di prove dinanzi al Giudice europeo, con la conseguenza che la Corte europea mantiene una sua discrezionalità nella valutazione del materiale probatorio messo a disposizione.

⁴² Art. 38 (*Esame in contraddittorio della causa*) "La Corte esamina la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se del caso, procede a un'inchiesta per il cui efficace svolgimento le Alte Parti contraenti interessate forniranno tutte le facilitazioni necessarie".

In particolare, l'allegato A comprende, a titolo esemplificativo, disposizioni in tema di: acquisizione di informazioni tramite prove orali come la testimonianza; indagini sul territorio, *in situ*, come i sopralluoghi, da svolgersi anche attraverso la costituzione di apposite delegazioni solitamente composte da giudici, interpreti ed esperti di settore; produzione di documenti su iniziativa delle parti; coinvolgimento di esperti o istituzioni chiamati ad esprimere pareri ovvero a redigere rapporti scritti su questioni pertinenti alla causa.

Particolarmente rilevante nell'impianto processuale è, poi, la costituzione delle c.d. "delegazioni", solitamente formate dopo la fase di ricevibilità del ricorso e, talvolta, in via eccezionale, anche in epoca antecedente alla decisione della Sezione sulla ricevibilità del ricorso.

Le delegazioni sono deputate a raccogliere informazioni, assistere ad audizioni – che, anche quando condotte da una Camera, si svolgono a porte chiuse, "salvo decisione contraria del presidente della camera o del capo della delegazione" – e a dare esecuzione a tutti i provvedimenti istruttori utili ai fini della disamina delle questioni sottostanti il ricorso. In proposito, va osservato che la delegazione deputata all'istruttoria isola quest'ultima dal processo, con la conseguente apertura di una fase autonoma del giudizio deputata all'espletamento dell'istruttoria in contraddittorio tra le parti e alla presenza dei terzi intervenienti. In questo senso, milita infatti la previsione di cui all'art. A1, par. 6, che attribuisce al Presidente della Camera la facoltà di invitare o autorizzare i terzi intervenienti a partecipare al provvedimento istruttorio.

Con riferimento, invece, più specificatamente agli obblighi delle parti in fase di esecuzione dei provvedimenti istruttori, l'art. A2 pone un obbligo generale di sostegno e di ausilio all'operato della Corte a cui si affiancano obbligazioni più specifiche in ipotesi di indagini da svolgere tramite delegazioni che operino sul territorio di una delle Parti contraenti⁴³.

⁴³ Art. A2 (*Obblighi delle parti relativamente ai provvedimenti istruttori*) che così recita "1. Il ricorrente e le Parti contraenti interessate aiutano la Corte per quanto necessario nella esecuzione dei provvedimenti istruttori.

2. La Parte contraente, sul territorio della quale una delegazione procede a indagini in situ, accorda a quest'ultima le facilitazioni e la cooperazione necessarie per il corretto svolgimento della procedura. Essa ha anche l'obbligo, per quanto necessario, di garantire la libertà di circolazione sul suo territorio e di adottare tutte le misure di sicurezza richieste per la delegazione, per il ricorrente e per tutti i testimoni, gli esperti e le altre persone che possono essere sentite dalla delegazione. Ha anche il compito di vigilare affinché nessuna persona o organizzazione debba subire le conseguenze di una testimonianza o di un aiuto fornito alla delegazione".

Passando da osservazioni di diritto positivo alla applicazione concreta di tali norme e riprendendo la distinzione di cui in apertura tra prove presentate nell'ambito dei procedimenti nazionali e prove messe a disposizione della Corte europea, occorre segnalare che rientrano nella prima ipotesi i giudizi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto ricorso ad istruzioni probatorie prevalentemente in casi riguardanti dedotte violazioni degli articoli 2 (*Diritto alla vita*), 3 (*Proibizione della tortura*) e 6 (*Diritto a un equo processo*), intrecciando le proprie valutazioni con le indagini condotte dalle autorità giurisdizionali nazionali in fase di applicazione della legge penale nazionale.

In relazione ai primi due principi convenzionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo, come è noto, può incentrare il proprio sindacato non soltanto sul profilo sostanziale del diritto in questione, bensì anche sulla sua dimensione o natura c.d. procedurale.

In casi, quindi, che coinvolgano taluna delle norme convenzionali sopra richiamate, definite anche come *procedural rights*, la Corte europea può svolgere il proprio accertamento intorno alla violazione della norma invocata dal ricorrente in relazione al rispetto da parte delle autorità nazionali degli obblighi che discendono in capo alle autorità nazionali per via della norma in questione.

Si tratta, in altre parole, di diritti che impongono un obbligo in capo agli Stati contraenti, avente ad oggetto la promozione di un'indagine ovvero l'avvio di un processo che presuppone l'impiego di mezzi probatori e l'acquisizione di prove, in relazione ai quali la Corte di Strasburgo svolge un sindacato ulteriore allo scopo di verificare se l'istruzione probatoria si è svolta a livello nazionale conformemente ai principi di cui all'art. 6 CEDU⁴⁴.

Più ampia è invece, come noto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 della Convenzione e, quindi, sulle mo-

⁴⁴ A titolo esemplificativo, può richiamarsi il caso *Nachova e altri c. Bulgaria*, Grande Camera, 6 luglio 2005, in cui la Corte si è pronunciata sul caso dell'omicidio di due cittadini bulgari di etnia rom da parte di un ufficiale di polizia, dichiarato, a seguito dell'istruttoria condotta dalle autorità bulgare, non perseguibile penalmente. In quell'occasione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'art. 14 (Divieto di discriminazione), letto in combinato disposto con l'art. 2 CEDU, non tanto per la connotazione razziale dell'omicidio commesso quanto piuttosto per l'accertamento dell'omissione di indagini adeguate da parte dell'autorità giudiziaria bulgara sotto questo aspetto, dichiarando quindi la violazione delle norme convenzionali sotto un profilo esclusivamente "procedurale". A commento si rinvia a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli 2016.

dalità entro cui le autorità nazionali hanno svolto istruzioni probatorie. Si tratta prevalentemente di casi che rientrano nel primo dei due filoni sopra richiamati, ossia di pronunce in cui la Corte europea si occupa di verificare se le modalità con cui lo Stato ha svolto l'istruzione probatoria alla luce del diritto nazionale sia o meno conforme alle prescrizioni imposte dall'art. 6 della Convenzione⁴⁵.

All'interno delle ipotesi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo svolge valutazioni a partire dalle prove messe a sua disposizione dalle parti, si collocano alcuni casi che hanno investito l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*).

Allo stesso tempo, scarsa si dimostra l'attivazione di istruzioni probatorie autonome da parte della Corte europea in relazione a casi in cui la parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ossia quando possa rivelarsi necessario acquisire evidenze scientifiche in materie c.d. eticamente sensibili quali quelle che investono l'inizio oppure la fine della vita umana.

In queste ipotesi, la casistica maggioritaria mostra un atteggiamento della Corte europea restio quanto all'attivazione diretta dei poteri istruttori di cui il Regolamento, viceversa, ampiamente la dota, demandando alle parti costituite, così come ai terzi intervenienti, il compito di produrre la documentazione utile ai fini della soluzione del caso sottoposto.

Costituiscono esempi significativi di una simile tendenza alcuni casi resi contro l'Italia. In particolare, ci si riferisce, in questa sede, a *Parrillo c. Italia*⁴⁶, in tema di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani, nel quale, forse anche a motivo dell'omessa attivazione di un'istruttoria formale da parte della Grande Camera, la discussione intorno alla violazione delle norme convenzionali invocate dalla ricorrente ha finito per spostarsi sul piano etico-morale dell'inizio della vita, senza soffer-

⁴⁵ In questo senso, si veda *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996, par. 67, secondo cui: “[t]he Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court’s task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair”; in senso analogo, anche, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, 18 marzo 1997, par. 50. Per un approfondimento, D.J. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRIK, *Law of the European Convention of Human Rights*, Butterworths 1995, 210.

⁴⁶ *Parrillo c. Italia*, Grande Camera, pronuncia del 27 agosto 2015.

marsi sull'esame della letteratura e delle evidenze scientifiche rilevanti in materia⁴⁷.

Quando a venire in rilievo sono questioni che coinvolgono l'acquisizione di dati e di evidenze scientifiche, sembra, quindi, di potersi riscontrare un qualche parallelismo tra il Giudice costituzionale e quello europeo quanto alla tendenziale omessa attivazione di poteri istruttori.

In entrambi i casi, un simile approccio finisce con l'impedire l'approfondita conoscenza della fattispecie, addivenendo a soluzioni "non informate", che omettono il coinvolgimento della scienza.

Sempre in relazione all'art. 8 CEDU, ma anche ad altri principi convenzionali, non è allora inusuale che siano direttamente le parti oppure i terzi intervenienti a produrre dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo documenti e dati che possano rivelarsi d'ausilio ai fini della pronuncia sul caso.

Oltre l'istruttoria attivabile dalla Corte e accanto allo scrutinio che il Giudice europeo realizza sulla documentazione prodotta in giudizio dalle parti ovvero sulle modalità con cui sono state condotte le indagini a livello domestico, concorrono a fornire ulteriori elementi utili alla definizione del ricorso anche i terzi intervenienti.

Nel sistema della Convenzione e allo scopo di arricchire il panorama offerto al Giudice europeo, si affianca un ruolo dei soggetti terzi, ai quali la Corte europea chiede di offrire elementi ulteriori e diversi rispetto al punto di vista dei ricorrenti e dello Stato attraverso la produzione di documenti o di pareri scientifici.

In questo senso, a dimostrazione del favore con cui la Corte europea guarda agli interventi dispiegati dai terzi, muovono l'art. 36, paragrafo 2, (*Intervento di terzi*) della Convenzione, ai sensi del quale "[n]ell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze", e l'art. 44 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che definisce termini e modalità di intervento dei terzi interessati.

La Corte europea ha sottolineato che gli interventi sono e saranno

⁴⁷ Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015.

Tali profili critici, peraltro, sembrano emergere anche dalle considerazioni svolte nell'opinione dissenziente, in calce alla decisione.

ammessi solo qualora rappresentino un altro punto di vista, dicano qualcosa di nuovo rispetto al ricorso e, ancora, mettano a disposizione della Corte informazioni aggiuntive, spesso di carattere scientifico, a integrazione di quelle prodotte dalla parte ricorrente.

Interessanti, da questo punto di vista, i casi *S. e Marper c. Regno Unito*⁴⁸, in cui l'interveniente ha fornito alla Corte europea dati scientifici concernenti l'utilità di database contenenti *samples* di DNA, e *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*⁴⁹, in materia di segregazione scolastica del gruppo di minoranza rom, in cui il ruolo dell'interveniente si è tradotto nella produzione in giudizio dei dati statistici su cui si è poi fondato l'accertamento della discriminazione indiretta, lesiva dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, ai danni della minoranza di etnia rom.

Un altro esempio interessante è, poi, offerto dal caso *Klein c. Russia*⁵⁰ in materia di estradizione, in cui la Corte europea ha sottolineato l'importanza che, di fronte ad una doglianza che rifletta un contesto di più ampia e sistematica violazione del sistema convenzionale, le prove presentate dalla parte ricorrente devono essere corroborate da altri documenti⁵¹, fondando poi la propria sentenza su documenti messi a sua disposizione da terzi intervenienti.

Interessante, sempre quanto al ruolo di elementi probatori risultanti in dati statistici, è, poi, la giurisprudenza in tema di violenza domestica.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, più volte corroborato il proprio accertamento, nel senso della violazione delle norme della Convenzione, richiamando dati statistici, spesso prodotti da terzi intervenienti⁵², attestanti la diffusione del fenomeno in esame all'interno della società oggetto del giudizio, così come la correlata ineguaglianza tra uomini e donne⁵³.

Più di recente, un altro caso importante sotto questo profilo è costitu-

⁴⁸ *S. e Marper c. Regno Unito*, Grande Camera, 4 dicembre 2008.

⁴⁹ *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, Grande Camera, 13 novembre 2007. Su questo profilo, si rinvia a C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit.

⁵⁰ *Klein c. Russia*, Prima Sezione, 1 aprile 2010.

⁵¹ In senso analogo, si veda, anche *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, Grande Camera, 4 febbraio 2005.

⁵² Così, ad esempio, in *Talpis c. Italia*, Prima Sezione, 2 marzo 2017, dove dati statistici sull'incidenza della violenza contro le donne nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano sono stati prodotti dai terzi intervenienti.

⁵³ In questo senso, si vedano *T.M. e C.M. c. Moldova*, Terza Sezione, 28 gennaio 2014; *Opuz c. Turchia*, Terza Sezione, 9 giugno 2009.

ito dalla pronuncia resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contro l'Italia sul caso *Cordella e altri*⁵⁴, in cui il Giudice europeo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, a motivo dell'omesso apprestamento, da parte delle autorità italiane, di tutte le misure necessarie per ovviare ai danni alla salute sofferti dagli abitanti delle zone adiacenti l'ex Ilva di Taranto⁵⁵.

Di particolare interesse è la circostanza, che ha visto la Corte europea fondare il proprio accertamento sui rapporti scientifici messi a disposizione dai terzi intervenienti a dimostrazione della sussistenza di un nesso di causalità tra le emissioni dello stabilimento e le condizioni di salute degli abitanti⁵⁶. Un caso, quindi, in cui l'apertura del processo ai terzi ha consentito l'ingresso di evidenze scientifiche nel giudizio, che hanno dimostrato la propria centralità ai fini della pronuncia finale.

Emblematiche appaiono, infine, tutte quelle sentenze nelle quali la Corte europea si è trovata ad affrontare temi che anche la nostra Corte costituzionale è stata chiamata a decidere, con riguardo ad argomenti di rilievo scientifico.

Nei giudizi europei la voce della scienza si è levata forte e chiara attraverso interventi di società scientifiche che hanno prodotto documenti ulteriori rispetto a quelli messi a disposizione dai ricorrenti.

Militano, in questo senso, anzitutto, *S.H. e altri c. Austria*⁵⁷, in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo in cui si costituirono quali terzi intervenienti le associazioni S.O.S. Infertilità Onlus e H.E.R.A. Onlus, e *Parrillo c. Italia*, con riguardo alla ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani⁵⁸.

Trattandosi di questioni affrontate parallelamente anche in giudizi nazionali, non si può non osservare come lo spazio dato alle argomentazioni scientifiche sia senz'altro maggiore in ambito europeo.

Un altro modello di riferimento potrebbe essere costituito dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo⁵⁹, le cui *Rules of Procedure* con-

⁵⁴ *Cordella e altri c. Italia*, Prima Sezione, 24 gennaio 2019.

⁵⁵ Sulle problematiche sottese alle questioni relative allo stabilimento Ilva, si vedano le note sentenze nn. 85 del 2013 e 58 del 2018 della Corte costituzionale.

⁵⁶ Si veda, in particolare, il par 164.

⁵⁷ *S.H. e altri c. Austria*, Grande Camera, 3 novembre 2011.

⁵⁸ Sulle stesse materie, come noto, si è espressa successivamente anche la Corte costituzionale, rispettivamente, con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 84 del 2016, su cui si veda, *supra*.

⁵⁹ Per un approfondimento, si veda P. ÁLVARO, *Evidence: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law,

tengono alcune interessanti previsioni in tema di istruttoria, che rilevano soprattutto per l'importanza che riveste nel sistema in esame l'acquisizione di prove testimoniali, tramite i c.d. *hearings*.

Significative le previsioni contenute a norma dell'art. 58, *Procedure for Taking Evidence*, ai sensi del quale la Corte interamericana può, in ogni stadio del procedimento: ottenere qualsiasi prova che ritenga necessaria ai fini del giudizio; ascoltare testimoni, esperti oppure qualsiasi altra persona la cui testimonianza o opinione si appalesi rilevante; richiedere alle parti di produrre documentazione aggiuntiva; richiedere a qualsiasi ente, ufficio, organo o autorità di fornire informazioni oppure di fornire pareri o produrre report; richiedere ad uno o più dei suoi componenti di raccogliere materiale probatorio integrativo.

Ancora, accanto a poteri di istruttoria ad attivazione diretta, l'art. 58, § 2, stabilisce che la Corte possa, invece, formulare richieste alle parti ovvero anche alla Commissione, tese alla presentazione di materiale probatorio integrativo.

Ulteriori prove ammesse e valutate dalla Corte sono, infine, quelle messe a disposizione dagli *amici curiae*.

In termini generali, inoltre, può dirsi che uno dei tratti più caratteristici del sistema in esame riguarda la flessibilità e l'informalità con cui la Corte interamericana procede sia nella valutazione delle prove sia nella identificazione dei soggetti abilitati a produrre materiale probatorio dinanzi ad essa.

Così, la Corte interamericana ammette che materiale probatorio possa essere messo a sua disposizione non solo dalle parti costituite in giudizio, bensì anche da terzi intervenienti, da testimoni, esperti e non⁶⁰, così come da ogni altro individuo chiamato in causa dalle parti.

Con riferimento al ruolo dei terzi intervenienti, l'art. 2 li definisce in termini ampi come "la persona ovvero l'istituzione che non ha alcuna relazione diretta con il caso o con il processo e che deposita presso la Corte argomenti sulle circostanze del fatto contenute nella presentazione del caso e considerazioni giuridiche sui profili del procedimento attraverso un documento scritto ovvero una relazione orale presentata in udienza".

Oxford University Press 2019; A. BOVINO, *Evidential issues before the inter-american court of human rights*, in *Sur, International Journal on Human Rights*, 2005, 56 e ss.

⁶⁰ In questo senso, cfr. *Juvenile Reeducation Institute c. Paraguay*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 112, Sept. 2, 2004, § 90; *Boyce et al. c. Barbados*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 169, Nov. 20, 2007, § 41.

L'art. 44 dettaglia, invece, le modalità di intervento degli *amici curiae*, specificando che tali interventi sono ammessi in ogni stato e grado del procedimento ma devono comunque essere depositati entro i 15 giorni successivi al *public hearing*⁶¹.

In conclusione, a voler comparare i due sistemi – quello convenzionale e quello interamericano – pare dunque che, da un punto di vista di diritto positivo stretto, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo contenga più norme quanto all'istruttoria e alle modalità entro cui quest'ultima può essere attivata dalla Corte.

Tuttavia, nell'ambito del sistema interamericano e pure a fronte di previsioni normative meno puntuali e più morbide, i poteri della Corte interamericana, soprattutto in relazione all'acquisizione di prove testimoniali nel corso del procedimento, si sono dimostrati particolarmente accentuati così come in termini generali a maglie più larghe si appalesa il reperimento e la valutazione in punto di ammissibilità del materiale probatorio.

6. *Riflessioni sull'utilizzazione dei poteri istruttori nella giurisprudenza costituzionale tedesca*

Molto significativo, a mio avviso, per orientare anche la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, è il modello tedesco, nel quale

⁶¹ In particolare, la norma stabilisce: “1. Ogni persona o istituzione che intenda intervenire in qualità di *amicus curiae* può depositare una memoria presso il Tribunale, insieme agli allegati, secondo quanto stabilisce l'Art. 28 (1) del Regolamento di procedura, utilizzando la lingua del ricorso e riportando i nomi e le firme degli autori.

2. Nel caso in cui la memoria venga depositata per via telematica e non sia sottoscritta oppure qualora non sia corredata dagli allegati, la copia originale e i documenti in suo supporto devono essere trasmessi al Tribunale entro 7 giorni dal suo deposito per via telematica. Se la memoria è depositata oltre il termine oppure se difetta la documentazione richiesta, dovrà essere archiviata senza ulteriori aggravii processuali.

3. Le memorie degli *amici curiae* possono essere depositate in qualsiasi momento durante la fase del contenzioso fino a 15 giorni successivi all'udienza pubblica.

Se la Corte non tiene pubblica udienza, le memorie degli *amici curiae* devono essere depositate entro 15 giorni dall'ordinanza che fissa il termine per il deposito delle memorie conclusive.

Previo parere del Presidente, gli atti degli *amici curiae* e i loro allegati sono immediatamente trasmessi alle parti per loro conoscenza.

4. Le memorie degli *amici curiae* possono essere depositate anche durante il procedimento di esecuzione e implementazione della sentenza ovvero anche nel corso di procedimenti relativi all'adozione di misure cautelari”.

i poteri istruttori sono disciplinati in modo molto dettagliato dal legislatore e con distinzioni riguardo a tutti i diversi tipi di giudizio e dove, ovviamente, la prassi offre esempi di particolare rilevanza.

6.1. La normativa rilevante e il suo uso "elastico" a seconda della tipologia di giudizio

Nell'ordinamento tedesco, ricca è la normativa sui poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*: si tratta degli artt. 22, 26, 27 (il quale, alla lettera a. prevede quale singolo mezzo di prova l'audizione di esperti) 28 (che prevede come singolo mezzo di prova l'audizione di testimoni) e 29 del *BVerfGG* (relativo all'assunzione delle prove da parte delle parti del processo principale).

In particolare, l'art. 26 del *BVerfGG*, al primo comma, sancisce che: "il Tribunale costituzionale federale assume le prove necessarie per indagare sulla verità", così postulando l'*Untersuchungsgrundsatz*, il principio dell'indagine istruttoria, il quale è finalizzato al raggiungimento del "benessere comune"⁶².

Fondamentale anche l'art. 22 del regolamento interno del Tribunale, il quale prevede che persone competenti possano esprimere un parere in merito ad una questione rilevante per la decisione⁶³. Di questo strumento la dottrina tedesca, in particolare Peter Häberle, ha da sempre evidenziato il ruolo centrale per la costruzione di una Costituzione "aperta"⁶⁴ e Ossenbühl ha affermato che, nell'ambito dell'argomentazione e dell'interpretazione giuridica, la verità, sotto più aspetti, viene "rielaborata"⁶⁵.

Sulla carta, quindi, il Tribunale costituzionale federale ha la competenza (e soprattutto il dovere) di porre in essere la ricerca della verità in modo del tutto autonomo⁶⁶ e, al tempo stesso, il complesso di disposizioni che disciplinano i poteri istruttori del *BVerfG* promuove la collabora-

⁶² Cfr. MSKB/Klein, 57. EL Juni 2019, *BVerfGG* § 26 Rn. 6.

⁶³ M.T. RÖRIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2016, 51.

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG*, in *JZ*, 1976, 382 e ss.

⁶⁵ Cfr. F. OSSENBUHL, *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in C. STARCK, M. DROHT (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25 Jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 1976, 460.

⁶⁶ Cfr. BeckOK *BVerfGG*/Walter, 7. Ed. 1.6.2019, *BVerfGG* § 26 Rn. 1-21.

zione tra Tribunale costituzionale federale e altri organi costituzionali, come, ad esempio, i giudici (cfr. l'art. 27 del *BVerfGG*).

Come si avrà modo di vedere, il *BVerfG* mostra però qualche timore rispetto all'attivazione di tutti i poteri istruttori che gli sono stati attribuiti dal legislatore⁶⁷.

Ai sensi dell'art. 26, comma 1, del *BVerfGG*, il *BVerfG* si pone quindi a capo dell'indagine ufficiale: esso può assumere prove a prescindere dalle parti, tanto è vero che, sempre al primo comma, è previsto che “la Corte costituzionale federale può quindi incaricare un membro del tribunale al di fuori dell'udienza o chiedere a un altro tribunale di farlo, limitatamente a determinati fatti e persone”.

Pare rilevante notare che è stato lo stesso legislatore ad avere modellato la disciplina relativa ai poteri istruttori del Tribunale costituzionale federale in modo tale da rendere l'organo di giustizia costituzionale un vero “signore” dell'istruttoria del proprio giudizio: e in effetti la dottrina ha fatto specifico riferimento all'art. 26 del *BVerfGG* qualificandolo nel senso di un “*Blankoscheck*”⁶⁸, cioè a dire di una disposizione che ha lasciato “carta bianca” alla Corte quanto alla ricerca della “verità processuale”. Nonostante si affermi che il *BVerfG* sarebbe “il signore di tutte le decisioni che riguardano l'assunzione delle prove e i relativi limiti”⁶⁹, tale principio viene attuato differentemente a seconda che si faccia riferimento ad un tipo di giudizio costituzionale piuttosto che ad un altro. Assume rilievo anche il ruolo “di ultima istanza” (cioè a dire quando il *BVerfG* viene investito di un ricorso diretto) oppure di “prima istanza” ricoperto dallo stesso.

Con riferimento ai giudizi di “prima istanza”, il *BVerfG* assume il ruolo di giudice del “fatto” solo in alcuni giudizi: si tratta, in particolare, della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica Federale (art. 61 GG), del giudizio sulla responsabilità dei giudici (art. 92, comma 2, GG), del procedimento volto alla privazione dei diritti fondamentali dei singoli (art. 18 GG) e dello scioglimento dei partiti politici (art. 21, comma 2, GG)⁷⁰.

⁶⁷ Così S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate*, in H. RENSEN, S. BRINK (a cura di), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, Berlin 2009, 33.

⁶⁸ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate*, cit., 10.

⁶⁹ Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate*, cit., 10, il quale riprende W. GEIGER, *Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess*, Karlsruhe 1981, 22.

⁷⁰ Si veda G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” pro-*

Una distinzione nell'utilizzazione dei poteri istruttori riguarda invece il modo in cui il *BVerfG* attiva le istruttorie formali nei giudizi di legittimità costituzionale o nei ricorsi diretti, quando si tratta di verificare gli elementi fattuali valutati dal giudice⁷¹.

Come avviene anche dinanzi alla Corte costituzionale italiana, tale valutazione è, nei giudizi in via incidentale, rimessa alla valutazione dei giudici *a quibus*.

Nonostante l'apparato normativo relativo ai poteri istruttori attivabili dal *BVerfG* sia piuttosto ampio e strutturato, apparentemente diverso dal nostro, comunque esso ha avuto modo di affermare nella decisione *BVerfGE* 34, 384 che "non spetta al *BVerfG* verificare la correttezza delle effettive constatazioni effettuate dai tribunali competenti"⁷². Anche nel caso in cui il *BVerfG* sia giudice di ultima istanza, in particolar modo con riferimento al giudizio in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*), la conoscenza dei fatti sembra rilevare ben poco: vi sono stati numerosi casi in cui il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato l'inammissibilità (*Unzulässigkeit*) di alcune questioni alla luce dell'insufficiente ricostruzione dei fatti operata dal giudice *a quo*⁷³.

cessuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 307. Ancora, sul punto si veda S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate*, cit., 11.

Interessante, al proposito, è stato il procedimento relativo alla richiesta di scioglimento del partito *NPD*, oggetto di archiviazione in quanto il *BVerfG* non riusciva a giungere ad una decisione nel merito, a causa della difficoltà relative all'assunzione di prove. Cfr. *BVerfGE* 107, 339 (368). Si veda S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 6; si veda anche A. ZEI, *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos*, 2017, I.

⁷¹ Sul punto si veda G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 307-308.

⁷² Cfr. *BVerfGE* 34, 384 (397).

⁷³ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 15.

Un esempio in questo senso è rappresentato dalla sentenza *BVerfGE* 17, 135 in materia tributaria (nello specifico, in tema di tassazione degli apparecchi da gioco). In occasione di tale pronuncia il Tribunale costituzionale federale ha tracciato un principio fondamentale in punto di poteri istruttori, e cioè che "La disposizione del *BVerfGG* 26 comma 1 (assunzione delle prove da parte del *BVerfG*) deve essere gestita in modo ragionevole ed economico nella decisione della questione di legittimità costituzionale (GG Art. 100 comma 1)". Cfr. *BVerfGE* 17, 135 (138 ss.), di cui fa cenno anche G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 307, nota 25.

E ancora, “deve piuttosto giungere ad un’esatta constatazione dei fatti, ponderando i pro e i contro, e, in modo verificabile dal Bundesverfassungsgericht, indicare dettagliatamente i fatti e le considerazioni rilevanti per la sollevazione della questione di legittimità costituzionale”⁷⁴.

In definitiva, quando il giudice costituzionale assume il ruolo di giudice di ultima istanza nell’ambito del giudizio in via incidentale, allora ad esso spetta in prima linea il chiarimento di domande di diritto costituzionale, non l’individuazione di prove⁷⁵.

Nel caso del giudizio concreto sulle norme, una simile “chiusura” rispetto ai fatti da parte del *BVerfG* potrebbe derivare anche dal fatto che il giudice *a quo*, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, non deve solamente dubitare dell’incostituzionalità della norma, ma deve esserne propriamente convinto.

Nella sentenza *BVerfGE* 15, 211-213, il *BVerfG* ha enunciato chiaramente il principio per cui “la sollevazione della questione di legittimità costituzionale [...] è inammissibile fintantoché il giudice non sia stato in grado di pronunciarsi sulla rilevanza della disposizione”⁷⁶.

Tale giurisprudenza quindi appare simile a quella della nostra Corte, che lascia al giudice *a quo*, come titolare del diritto di iniziativa processuale, l’onere di analizzare, approfondire e descrivere in modo ragionevole i fatti del giudizio nell’ordinanza di remessione, al fine di consentire alla Corte costituzionale di valutare in modo pieno la rilevanza della questione medesima. Vero è che alla Corte costituzionale, insieme all’ordinanza di remessione, viene trasmesso anche il fascicolo degli atti di causa e che in qualche occasione la Corte motiva anche testualmente di aver fatto ricorso al fascicolo per chiarire meglio la prospettazione del giudice⁷⁷; tuttavia, non vi è chi non veda come nella stragrande maggioranza dei casi è sul giudice che incombe l’onere della prospettazione dei fatti ed è

⁷⁴ Cfr. *BVerfGE* 17, 135 (138 ss.)

⁷⁵ Cfr. *BVerfGE* 18, 192.

⁷⁶ Qui di seguito il principio individuato dal *BVerfG*: “Eine Vorlage nach GG Art 100 Abs 1 ist unzulässig, solange sich das Gericht nach dem Stand seines Verfahrens über die Entscheidungserheblichkeit der Norm noch kein Urteil hat bilden können”.

⁷⁷ Cfr. sulle problematiche sottese all’utilizzo da parte della Corte costituzionale del fascicolo del giudizio *a quo* B. LIBERALI, “Lettura non consentita” o “mera conferma”: quale ruolo per il fascicolo del giudizio *a quo* davanti alla Corte costituzionale?, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018, I, 1 ss.

Risulta particolarmente significativa in questa prospettiva l’ordinanza n. 57 del 2018, con cui la Corte, nel dichiarare manifestamente inammissibili le questioni sollevate per difetto di rilevanza, si serve degli atti contenuti nel fascicolo “a mera conferma delle affermazioni contenute nell’ordinanza di remessione”.

sempre al giudice che la Corte si riferisce quando ritiene tale prospettazione carente, sanzionando l'ordinanza di rimessione con una decisione di inammissibilità per difetto di rilevanza o di motivazione sulla stessa.

Analoghe considerazioni sono svolte dal Tribunale costituzionale tedesco. Si veda per tutti un caso che aveva ad oggetto il finanziamento ai partiti politici: il *BVerfG* ha affermato, più nello specifico, che: "l'ordinanza di rimessione deve chiarire a sufficienza per quali motivi il giudice del rinvio [per noi giudice a quo] è convinto che la disposizione censurata sia incompatibile con la legge fondamentale e deve mostrare che, qualora la disposizione fosse valida, il risultato sarebbe diverso da quello che si otterrebbe qualora la norma fosse, al contrario, invalida e come tale risultato potrebbe essere giustificato (v. *BVerfGE* 35, 303 [306]; 68, 311 [316]; 69, 185 [187]; 74, 236 [242]; 78, 1 [5]; 88, 70 [73 s.])"⁷⁸.

6.2. Istruttoria e giudizi sulla legittimità costituzionale delle norme

Come abbiamo appena esposto, nei giudizi in via incidentale il *BVerfG* non attiva i propri poteri istruttori per verificare i fatti oggetto del giudizio *a quo*, mentre li attiva ampiamente quando debba verificare il tenore dei dubbi costituzionali con riguardo alle norme e alle tematiche oggetto del giudizio⁷⁹. In questi casi, il Tribunale costituzionale procede alla conoscenza dei fatti senza essere in alcun modo legato alle risultanze fattuali degli altri organi costituzionali, tra i quali rileva, *in primis*, il legislatore.

Un esempio per tutti è costituito dalle note pronunce in tema di interruzione volontaria di gravidanza: mentre nel 1975, il *BVerfG* aveva ritenuto legittima la punizione penale dell'aborto di donna consenziente sulla base di una valutazione della *Wertordnung* costituzionale, nella quale il diritto alla vita del nascituro era ritenuto prevalente e la donna

⁷⁸ Cfr. *BVerfGE* 121, 108 (117), che ulteriormente specifica che "La decisione 'di rinvio' [per noi 'ordinanza di rimessione'] deve contenere i fatti rilevanti ai fini della decisione e una descrizione completa delle considerazioni a sostegno della valutazione giuridica (cfr. Dollinger, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER [ed.], *Mitarbeiterkommentar zum BVerfGG*, 2^a ed. 2005, § 80 marginale 77 f. m.w.w.N.). Il giudice 'di rinvio' deve inoltre [...] motivare legittimamente che non ritiene possibile un'interpretazione costituzionale della disposizione sottoposta al suo esame (cfr. *BVerfGE* 96, 315 [324 e ss.])".

⁷⁹ Si veda anche G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 309.

dipinta come un'omicida meritevole di punizione penale⁸⁰, nel 1993, lo stesso *BVerfG*, pur non rinunciando alla prospettiva di un diritto alla vita del nascituro meritevole di tutela da parte dello Stato, rinuncia alla punizione penale, a patto che la donna si sottoponesse a una consulenza statale preventiva, che avesse lo scopo di informarla, orientarla senza costringerla però a non abortire⁸¹.

In questo caso, il giudice costituzionale tedesco ha abbandonato la sanzione penale anche grazie all'utilizzo dei dati acquisiti all'esito dell'istruttoria formale in cui era stato coinvolto il *Max Planck Institut*, il quale era stato chiamato a rispondere ad alcuni aspetti fondamentali che riguardavano non solo l'efficacia della sanzione penale, ma anche l'analisi delle ragioni che spingono una donna ad abortire, il ruolo positivo o meno della consulenza statale, il ruolo del contesto familiare e l'impatto psicologico di un aborto sulla donna⁸².

È infatti proprio nel giudizio "astratto" che il giudice costituzionale ha come controparte non più i giudici ma il legislatore, in tal modo attivando i propri poteri istruttori a prescindere da una concreta lesione di interessi⁸³.

Inutile sottolineare, come la stessa dottrina tedesca ricorda spesso, che i poteri istruttori formali sono molto utili in tutte quelle questioni nelle quali il *BVerfG* valuta problemi ampi, dove la discrezionalità legislativa è particolarmente accentuata⁸⁴.

6.3. *La Verfassungsbeschwerde: alcuni esempi di utilizzazione "a tutto campo"*

Nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*, il *BVerfG* ha ritenuto di attivare istruttorie formali, sia in relazione alle valutazioni astratte effettua-

⁸⁰ Cfr. *BVerfGE* 39, 1.

⁸¹ Cfr. *BVerfGE* 88, 203. In argomento, cfr. ancora M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, cit., 1 ss.

⁸² Sul punto si permetta di rinviare a M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 26.

⁸³ G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 310.

⁸⁴ Sul punto si veda K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München 2018, 398-406; si veda anche S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 12 e ss.

te dal legislatore, sia in relazione a una migliore comprensione anche del caso concreto⁸⁵.

Con riguardo al primo aspetto, è significativa una decisione in tema di omosessualità maschile, ove, in seguito all'ascolto di alcuni medici, psicologi, sociologi nonché della polizia criminale, il *BVerfG* ha ritenuto di rigettare il ricorso individuale alla luce del fatto che non era possibile stabilire con certezza, rispetto al bene giuridico corrispondente all'interesse pubblico, l'assenza della necessità della previsione di una pena nei confronti dell'atto sessuale omosessuale⁸⁶.

In un altro caso famoso, una decisione sull'utilizzo del velo islamico da parte di una studentessa, il *BVerfG* attiva ampiamente i propri poteri istruttori, accogliendo alla fine il ricorso individuale attivato della ricorrente, alla quale era stata preclusa la possibilità di indossare il velo a scuola⁸⁷. Il *BVerfG* afferma, sulla base dell'audizione dell'udienza pubblica di 25 studentesse di pedagogia di cui 12 indossatrici del velo, che il fatto stesso di indossarlo non esprime in alcun modo un simbolo politico di "disintegrazione" culturale; al contrario, a causa delle svariate ragioni per cui le studentesse avevano affermato di avere deciso di indossare consapevolmente il velo, il *BVerfG* è giunto alla conclusione per cui tale simbolo religioso non può essere "ridotto ad un mero segno dell'emarginazione sociale della donna"⁸⁸.

Nella stessa udienza era stato audito anche un esperto in materia, il Prof. Or. Bliesener, il quale aveva affermato che non vi era nessuna prova o conoscenza certa rispetto all'influenza che il velo avrebbe potuto esercitare sugli altri studenti⁸⁹.

Sempre nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*, rileva la sentenza BvR 3262/07 adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del *Land Baden Württemberg*. In questo caso la pronuncia in questione è stata fortemente criticata dalla dottrina in quanto il *BVerfG* non avrebbe provato a sufficienza l'innalzamento del rischio di morte derivante dal di-

⁸⁵ Sul tema dell'utilizzo dei poteri istruttori con riferimento alla *Verfassungsbeschwerde* si veda ancora S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 15-18.

⁸⁶ *BVerfGE* 6, 389 (398 ss.).

⁸⁷ Sui profili sottesi alla stessa nozione di laicità, con specifico riferimento al fenomeno del multiculturalismo, sia consentito il rinvio alle più distese considerazioni svolte in M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano 2016, 263 ss.

⁸⁸ *BVerfGE* 108, 282 (304).

⁸⁹ *BVerfGE* 108, 282 (306).

vieto di fumo nei ristoranti, al punto che la dottrina ritiene che il *BVerfG*, in generale, indietreggi dinnanzi ai dati di fatto o, al più, ne dia conto ma in modo non del tutto convincente⁹⁰.

È significativo che in dottrina si siano poste in rilievo alcune criticità in tema di poteri istruttori riguardo non alla normativa a disposizione del Tribunale costituzionale, ma riguardo all'utilizzazione che ne è stata fatta: anche in Germania le critiche principali si concentrano sui temi di rilevanza scientifica, rispetto ai quali la dottrina suggerisce innanzitutto di incentivare la produzione del maggior numero di prove e, in secondo luogo, di lasciare alla "scienza" il compito di condurre le indagini⁹¹.

6.4. Le decisioni adottate nell'ambito dei ricorsi contro le leggi elettorali

Interessanti risultano anche alcune decisioni adottate nell'ambito della *Wahlprüfungsbeschwerde*.

In questi casi, quanto all'attivazione dei poteri istruttori, il Tribunale costituzionale federale sembra essere andato "oltre" al ruolo ricoperto nell'ambito del giudizio in via incidentale e anche "oltre" i presupposti legislativi individuati dallo stesso *Bundestag*⁹².

Si consideri la pronuncia adottata il 3 luglio 2008⁹³, in cui il *BVerfG* ha nominato un esperto al fine di adottare una decisione "consapevole" in materia elettorale, il quale, nello specifico, aveva il compito di riportare le condizioni per lo sviluppo dell'effetto della ponderazione negativa del voto e la sua importanza per la composizione del *Bundestag* tedesco.

Ancora, sempre nell'ambito della materia elettorale, il *BVerfG*, nel dichiarare in occasione della sentenza adottata il 25 luglio 2013⁹⁴ l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale, ha specificato di avere nominato il Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim, titolare della cattedra di stocastica e delle sue applicazioni, Istituto di Matematica dell'Università di Augusta, come informatore esperto.

⁹⁰ Così, in particolare, cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 26.

⁹¹ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 30 ss.

⁹² F. OSSENBÜHL, *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 478.

⁹³ *BVerfGE* 2 BvC 1/07.

⁹⁴ *BVerfGE* 2 BvF 3/11.

6.5. La materia finanziaria: focus

Nell'ambito di un giudizio in via incidentale e di un ricorso diretto, i quali sono stati oggetto di riunione da parte del *BVerfG*, è stata recentemente adottata una sentenza con cui è stata dichiarata incostituzionale una norma tributaria relativa ai beni immobili (*BVerfGE* 1 BvL 11/14 del 10 aprile 2018)⁹⁵.

Nel caso di specie il Tribunale costituzionale federale aveva dichiarato la mera incompatibilità di alcune disposizioni al fine di evitare un impatto eccessivamente gravoso rispetto alle finanze della Federazione, giustificando in tal modo la necessità da parte dei giudici di fare applicazione delle disposizioni dichiarate incompatibili: "il mantenimento dell'applicazione delle norme riconosciute incostituzionali è giustificato anche per un periodo di tempo limitato in futuro, perché altrimenti vi sarebbe il serio rischio, qualora non vi fosse più il gettito fiscale, di gravi problematiche finanziarie in capo ai comuni. Ciò è dovuto al fatto che l'imposta fondiaria riveste una notevole importanza finanziaria per i comuni. Con un fatturato annuo compreso tra i 13 e i 14 miliardi di euro negli ultimi anni, rappresenta la terza fonte d'imposta al netto dell'imposta sulle attività produttive e dell'imposta comunale sul reddito (Ministero federale delle finanze, Raccolta dati sulla politica fiscale, edizione 2016/2017, pag. 15; Ufficio federale di statistica, Fachserie 14 Reihe 10.1 2016, pag. 9). Anche l'imposta sugli immobili riveste una notevole importanza per i comuni, in quanto le sue entrate sono indipendenti dai cicli economici e possono essere controllate da questi ultimi anche in termini di importo, grazie al diritto dei comuni di riscuotere le aliquote"⁹⁶.

In questo caso, quindi, il *BVerfG* sembrerebbe avere usufruito di dati del tutto attendibili al fine di argomentare la scelta di rinunciare all'adozione di una sentenza di nullità, ponendo l'accento sulla rilevanza che assume la tassa in discorso rispetto alle finanze degli enti territoriali.

Pare interessante notare che il *BVerfG* ha recentemente dichiarato l'incostituzionalità della tassa sulle seconde case alla luce di quanto già deciso nella sentenza adottata il 10 aprile 2018, e quindi per l'inadeguatezza della base di calcolo per la tassa in discorso⁹⁷.

⁹⁵ Per un commento della pronuncia in questione si veda R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerfG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *www.der-betrieb.de*, 2018.

⁹⁶ Cfr. *BVerfGE* 1 BvL 11/14, Rn. 173.

⁹⁷ Sul punto si veda il comunicato stampa n. 70/2019 del 24 ottobre 2019.

7. *Riflessioni conclusive: "istruttorie" e giudizi sulle leggi*

È possibile, a questo punto, formulare alcune brevi considerazioni di sintesi, tenendo a mente le problematiche di cui si è dato conto e, allo stesso tempo, guardando alle regole che governano il giudizio davanti alla Corte con una prospettiva più ampia.

Anzitutto, vorrei sottolineare quanto già anticipato in apertura, e cioè che il processo costituzionale deve essere strutturato nella sua specificità⁹⁸. La dottrina, infatti, anche negli ultimi tempi, è sembrata molto più attenta, da una parte, al momento dell'iniziativa – anteriore al giudizio costituzionale – e, dall'altra, al momento finale – quello della decisione, anch'esso estraneo al giudizio costituzionale; in questo modo trascurando o, comunque, indagando con meno attenzione il momento centrale, quello in cui il convincimento del giudice costituzionale si forma, anche nel contraddittorio (eventuale), prima scritto e poi orale (in sede d'udienza pubblica), con le parti.

A conferma di ciò, peraltro, può essere ricordato come tradizionalmente (anche nella manualistica) si faccia riferimento al giudizio davanti alla Corte utilizzando la formula generica di "giustizia costituzionale", in luogo di quella, forse più corretta e specifica, di "diritto processuale costituzionale". La precisazione, alla luce di quanto detto fin qui, non è priva di rilievo, poiché "significa porre l'accento sulla risposta della Corte a un certo tipo di questione, e lasciare ad una trattazione sintetica e descrittiva la fase che si svolge dinanzi alla Corte e che conduce a quella risposta"⁹⁹. Il tema del ricorso ai poteri istruttori, come è facile intuire e come ho cercato di dimostrare con le mie riflessioni, non è ovviamente immune da queste considerazioni di carattere più generale.

Inoltre, è possibile conclusivamente rilevare che il motivo posto alla base della scarsa attenzione da parte della dottrina nei confronti dei caratteri specifici del processo costituzionale sia consistito anche nell'onnipresenza del modello processuale di riferimento, vale a dire del processo civile (che, peraltro, si connota nel senso di un processo *soggettivo*, opposto, quindi, alla natura specifica del processo costituzionale).

Peraltro, la mancata nascita di un processo costituzionale è condizionata da una storia culturale che spiega le ambiguità insite nella natura stessa del giudizio che si instaura davanti alla Corte.

⁹⁸ Su tali profili si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 105 ss.

⁹⁹ Così M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 32.

Quanto appena detto è tanto vero che già negli anni cinquanta vi era chi ragionava del processo costituzionale nel senso di un processo guidato, di fatto, da logiche ben diverse rispetto a quelle che governano il processo civile o quello penale. Eppure, non lo si può negare, le categorie del processo civile sono state utilizzate a lungo con riferimento al processo costituzionale: la ragione consiste nel fatto che, nei primi anni di funzionamento della Corte costituzionale, la preoccupazione più evidente era che la Consulta cominciasse a svolgere pienamente il suo ruolo, senza essere magari frenata da eccessivi formalismi anche sullo stesso processo¹⁰⁰.

Da ultimo, si vuole qui proporre una chiave di lettura in parte innovativa sul tema dell'istruttoria nel giudizio costituzionale, che muove dal rilievo per cui, come confermato dall'esame della prassi, la stessa Corte intende i propri poteri istruttori con un'accezione fortemente inquisitoria, anche nei casi da ultimo analizzati.

A questa considerazione, a mio avviso, e proprio ragionando in chiave prospettica sulle linee di sviluppo future, si deve necessariamente affiancare la convinzione che la Corte costituzionale si legittima non solo *per quello* che decide, ma *per come* decide, e che la possibilità di trasparenza e di massima strutturazione delle regole processuali risulta fondamentale, in generale, per giustificare il ruolo della Corte in una società complessa e, soprattutto, quando, come succede in Italia, al giudice costituzionale si chiede di correggere o, addirittura, di intervenire al posto del legislatore.

Infine, con riguardo ai giudizi sulle leggi, la recente giurisprudenza ci consente di intravedere l'avvio di una autonoma valorizzazione di una istruttoria formale soprattutto nell'ambito dei giudizi in via principale, mentre per quanto riguarda i giudizi in via incidentale, la Corte sembra chiusa alla possibilità di creare un contraddittorio pubblico su dati e valutazioni, soprattutto di carattere scientifico, necessari per consentire a tutta la società di ragionare meglio su tematiche complesse, che spesso impattano sulla discrezionalità legislativa e che sempre più spesso arrivano all'attenzione del giudice costituzionale. Rispetto a questo tipo di giudizio e a queste tematiche, la chiusura all'istruttoria è ulteriormente aggravata dalla chiusura all'apporto di terzi intervenienti e anche degli *amici curiae*, segnando una distanza con altre esperienze sovranazionali e con quelle di altri Paesi, e, soprattutto, stimolando anche una concorrenza nell'utilizzazione di rimedi giurisdizionali, in particolare nella relazione con la Corte Edu.

¹⁰⁰ Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 18 ss.

L'auspicio è che alle recenti aperture importanti nell'ambito dei giudizi costituzionali "di parte" facciano seguito altre aperture, nei settori evidenziati, anche di fronte al giudizio che definiamo "senza parti", e cioè quello incidentale¹⁰¹.

8. *Postilla*

Nelle more della pubblicazione di questo articolo, è stata adottata da parte della Corte costituzionale una delibera di modifica delle "Norme interpretative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" (Delibera 8 gennaio 2020, in G.U. n. 17 del 22.1.2020). Si tratta di innovazioni rilevanti, sulle quali occorrerà riflettere in modo approfondito e che porteranno nuovi elementi per una valutazione sulla natura del processo costituzionale.

In particolare, vengono modificate (artt. 4, 4-*bis* e 4-*ter*) le modalità procedurali di intervento di terzi e introdotta (art. 4-*ter*) la figura degli *amici curiae*. Alle norme sull'istruttoria è aggiunta (art. 14-*bis*) la possibilità dell'audizione di "esperti", con un procedimento in camera di consiglio, a cui possono assistere le parti, con possibilità, previa autorizzazione, di formulare domande.

Nel complesso, le nuove norme sembrano, ad una prima valutazione, confermare gli indirizzi giurisprudenziali recenti, all'interno di un "processo" diretto però dal giudice costituzionale e da interessi di tipo "oggettivo" e generale.

¹⁰¹ Si veda, ancora, quanto osservato in M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, cit., oltre che a C. SICCARDI, *I ricorsi "in via diretta" alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?*, relazione provvisoria dell'intervento tenuto in occasione del seminario del Gruppo di Pisa "Il sindacato accentrato di costituzionalità", Pisa, 25 ottobre 2019.

SAGGI

Stefano D'Alfonso

ATTIVITÀ DI RICERCA NELLE SCIENZE SOCIALI E DIFFAMAZIONE: I “RISCHI DEL MESTIERE” PER IL RICERCATORE UNIVERSITARIO. INQUADRAMENTO TEORICO, NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'approfondimento. Limitazione del campo d'indagine. La libertà di ricerca. – 2. La «libertà accademica», quale sintesi delle tre missioni: ricerca, insegnamento e terza missione. – 3. Attività di ricerca, professori e ricercatori universitari. – 3.1 Libertà di manifestazione del pensiero ed esercizio della libertà di ricerca. – 3.2 La nuova disciplina sul trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica e per scopi di ricerca storica. – 3.3 Attività di ricerca e stato giuridico dei professori e ricercatori universitari tra doveri e diritti. – 4. Per un concreto bilanciamento tra tutela della reputazione e attività di ricerca: la casistica giurisprudenziale. – 4.1. Ricostruzioni storiche, dovere di attualizzazione (aggiornamento e integrazione) delle posizioni personali e completezza delle fonti. – 4.2 Considerazioni sull'uso nella giurisprudenza dei termini descrittivi della tipologia di contributo e qualificazione dell'autore: la «critica storica» e la tutela del ricercatore. – 4.3 Sull'uso esclusivo delle fonti orali. – 4.4 L'equiparazione della pubblicazione del ricercatore universitario a quella del giornalista in termini di tutela secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo. La pubblicazione sui mezzi di informazione. – 4.5 Diritto all'oblio, diritto di cronaca e «diritto alla rievocazione storica (storiografica)» nella recentissima sezioni unite, sentenza 4 giugno 2019, n. 19681. Limiti ed effetti sull'attività scientifica. – 4.6 Valutazione delle frasi offensive e necessità di una verifica dell'opera nel suo complesso. – 5. Diffamazione, azioni legali, rischio di dissuasione (il *chilling effect*) dell'esercizio della libertà e lite temeraria. Analisi dell'esperienza del Regno Unito, nella prospettiva più ampia dell'*Ethics of Research* nelle scienze sociali. – 6. La tutela dei professori e ricercatori quale garanzia della libertà accademica.

1. *Le ragioni dell'approfondimento. Limitazione del campo d'indagine. La libertà di ricerca*

L'obiettivo principale del presente lavoro è provare a fornire un contributo, attraverso un *focus* specifico, a una istanza di chiarimento particolarmente avvertita da quegli studiosi che nell'esercizio della libertà di

scienza o di ricerca¹ possono incorrere nel rischio di commettere il delitto di diffamazione, disciplinato dall'art. 595 del codice penale.

Si tratta di un'esigenza fortemente sentita per le conseguenze in cui incorre chi nelle proprie elaborazioni scientifiche richiama nomi e fatti concernenti persone. Si pensi, solo per fare un esempio in grado di chiarirne la portata, ai contributi scientifici sulla criminalità organizzata costruiti sulla base di eventi e nomi oggetto di procedimenti penali.

Se vi sono alcune scienze in cui i rischi sono generalmente limitati, per altre gli studiosi – quali, ad esempio, gli storici, i sociologi, gli antropologi ma anche gli economisti² – utilizzano metodologie di ricerca che descrivono vicende specifiche, con esplicito o indiretto (ma individuabile)³ riferimento a nomi di persone. Cosa che può avvenire attraverso la rielaborazione sistematica e critica di informazioni tratte da fonti ufficiali (ad esempio quelle giudiziarie), o giornalistiche o attraverso interviste – strumento tipico delle indagini di campo (es. fonti orali, a volte in via esclusiva per alcune metodologie di ricerca)⁴.

Si vuole ulteriormente specificare i confini dell'approfondimento. Interessano ai nostri fini prevalentemente contributi quali articoli scientifici (su cartaceo o web), monografie, capitoli in volume ma anche rapporti, paper, analisi, in quanto frutto di ricerche appunto scientifiche. Parallelamente, per le ragioni che si diranno, non si potrà fare a meno di considerare, pur con i necessari distinguo, i contributi pubblicati su altri mezzi di informazione, quali, ad esempio, quotidiani, periodici, siti web e altri che non possano essere fatti rientrare nella prima categoria di prodotti; ma, come vedremo, quando tali specifici contributi – diversi per natura dai primi, più tradizionalmente assimilabili a quelli tipicamente frutto della ricerca scientifica – sono (o possono essere) comunque ricollegabili all'attività tipica di chi fa ricerca. È il caso di articoli di giornale che toc-

¹ Termini che esprimono, G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della), ad vocem*, in *Leggi d'Italia*, § 2, il medesimo concetto: la prima menzionata dall'articolo 33, comma 1 (libertà), della Costituzione, la seconda dall'articolo 9 («La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica») e 117, nel definirla tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e regioni.

² Questi ultimi, ad esempio, quando arricchiscono le proprie elaborazioni attraverso 'casi-studio'.

³ Per un richiamo specifico alla giurisprudenza della Suprema Corte, civile e penale, sulla configurazione del reato di diffamazione anche quando non vi sia indicazione di una persona determinata, ma essa possa comunque essere individuata, v. A. G. SOMMARUGA, *Art. 595 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo III, 4^a ed., Milano 2015, 56.

⁴ Su cui ci si soffermerà *infra* § 4.3 «Sull'uso esclusivo delle fonti orali».

cano temi approfonditi scientificamente dall'autore ma elaborati secondo un diverso approccio o stile più propriamente adatto a tale mezzo di informazione.

Un altro confine riguarda i soggetti. I destinatari della nostra attenzione sono i professori e ricercatori universitari. Anche se la riflessione non manca di ricomprendere soggetti altri, e per varie ragioni: anzitutto in quanto, come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, la «libertà della ricerca scientifica», tutelata in primo luogo dall'articolo 33 della Costituzione, deve essere intesa «a favore non solo dei ricercatori e degli scienziati ma anche di quanti aspirano alla realizzazione del progresso scientifico»⁵.

Si guarda inoltre agli universitari anche per una ragione di ordine «più pratico», dovendoci confrontare con una giurisprudenza che, nel soffermarsi sui contributi di vario genere oggetto di giudizio in tema di diffamazione, sovente finisce per ricomprenderli in categorie che sono tipiche del ricercatore universitario. Questo, ad esempio, avviene quando determinate pubblicazioni (libri così come rapporti o articoli pubblicati su riviste *on line*) vengono inquadrate in sede giudiziaria come di natura storica o storiografica, prescindendo dalla qualifica di 'storico' dell'autore incriminato per il delitto di diffamazione ai fini dell'eventuale applicazione della scriminante⁶.

Pur in considerazione di tale quadro più articolato di cui si dovrà dar conto, permane il nostro interesse principale agli universitari, la cui specifica disciplina, com'è noto, è tale da configurarne un particolare *status*

⁵ G. FONTANA, *Sub art. 33 Cost.*, in *Leggi d'Italia*, § 2.1.3. In questo caso il riferimento è inteso al fine «del miglioramento delle proprie condizioni di salute e di vita, così come tutelate, in particolare, dall'art. 32 Cost.».

In questi termini, come è stato osservato, «la libertà individuale deve essere garantita a tutti ricercatori, pubblici e privati, accademici e non»; e con specifico riferimento ai professori e ricercatori universitari, tale libertà «non è garantita loro perché operano nelle università, ma perché contribuiscono all'avanzamento delle conoscenze». Così F. MERLONI, *Libertà della scienza e della ricerca*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2016, 162, impegnato nel riflettere, in un'ottica di attualizzazione alla luce del mutamento della disciplina italiana, sul rapporto tra universitari che esercitano la libertà di ricerca (e di insegnamento) partendo da A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in on. di P. Barile*, Padova 1990, 89-107. Proprio in quest'ultimo contributo si osserva (98) che «la libertà scientifica è fondamentalmente *libertà individuale*»: ne discende una subordinazione delle relative dimensioni sociali o istituzionali; è, inoltre, «*diritto di tutti*», nella sua essenza volgendo all'«individuo in quanto tale», sia esso, ad esempio, un accademico, sia esso potendo accedere a tale qualifica, o, infine, a soggetti altri non assimilabili a tale categoria.

⁶ Si rinvia *infra* § 4.2.

rispetto agli altri dipendenti pubblici. Ciò in considerazione dei riferimenti costituzionali generali e specifici, attuati dalla normativa statale, che andranno quindi raffrontati e bilanciati con quelli posti a tutela della personalità, della reputazione e dell'altrui onore secondo il significato che la giurisprudenza e il dibattito dottrinale vi attribuisce⁷.

Ma vi è soprattutto un'altra ragione, presupposto teorico del ruolo dell'universitario nel suo rapporto con la scienza e la società secondo il nostro quadro costituzionale di riferimento, che ci permette di assumere le coordinate in considerazione delle quali proveremo anche ad analizzare con spirito critico talune posizioni assunte dalla giurisprudenza, che, al di là degli esiti, favorevoli o meno nei confronti di coloro che sono chiamati a rispondere in giudizio per l'esercizio delle libertà a essi riconosciuti, debbono essere sempre ricondotte al quadro di principio.

Il precedente giurisprudenziale, interno o europeo, può giungere sino a spostare gli assi del ragionamento giuridico, causando effetti sul piano dei principi e sul loro collegamento ai fondamenti logici che sono alla base della libertà di scienza. Una libertà che è tale ontologicamente «per definizione», in quanto orientata alla «scoperta delle leggi della realtà» attraverso l'«accumulo progressivo di conoscenza» e con approccio obiettivo. La scienza va al di là dei «saperi parziali, settoriali, applicativi», rispetto a essi finendo per occupare una «posizione sovraordinata»⁸. Tale processo avviene in particolare in quella comunità (o «ceto particolare»)⁹ in cui, appunto, ricerca e insegnamento si coniugano spaziando in tutti i settori della stessa scienza: l'università, in quanto sede preferenziale, è il nucleo forte della sua autonomia rispetto a poteri altri¹⁰.

I temi che interessano ai nostri fini sono quelli che consentono di qualificare il fenomeno, dapprima esclusivamente in via teorica, poi considerando i canoni giurisprudenziali concretamente ancorati all'esercizio della libertà in esame nel suo bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati. Rilevano, quindi, la libertà di scienza e ricerca. E il primo inquadramento è attraverso l'art. 33, comma 1, della Costituzione,

⁷ Per un'analisi dottrinale e giurisprudenziale sul «bene giuridico» cfr. A.G. SOMMARRUGA, *Art. 595 c.p.*, cit., 67 ss., con particolare riferimento all'oggetto di tutela del delitto di diffamazione, alla differenza tra reputazione e onore nelle sue differenti declinazioni.

⁸ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 91-192

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, 93, così di soggetti appartenenti alla politica e all'economia. In questo senso l'a. parla di *Eigenesetzlichkeit* in quanto «dato inattaccabile e oggetto di garanzia» che caratterizza l'accreditamento dei «nuovi paradigmi» e delle «nuove comunità scientifiche».

ai sensi del quale «la scienza» è libera e libero «ne è l'insegnamento». In questo caso profili diversi coesistono, innanzitutto di natura pubblicistica. La libertà di ricerca deve essere considerata nelle sue implicazioni di libertà negativa, di tutela e garanzia rispetto ai condizionamenti e all'esercizio eventualmente limitativo da parte dello Stato. Come osservato in uno degli studi maggiormente citati¹¹, di recente ripercorso e attualizzato dalla dottrina, quando ci si riferisce alla scienza – e non quindi all'«università» – bisogna confrontarsi con una fase storica che vede il rapporto tra diritto e scienza ben oltre «le aberranti contaminazioni del passato con altri sottosistemi sociali». Ove l'attività dello scienziato si sostanzia in indagini che non soggiacciono a condizionamenti, in quanto la «realtà» viene «indagata» in considerazione del «suo statuto oggettivo, mediante il filtro *neutrale* della ragione». Eppure, come criticamente osservato, «la tradizionale 'sovraordinazione gerarchica' dello scienziato e delle sue libertà nella società» è «profondamente in crisi». Le ragioni sono nel suo subire la «pressione di forze esterne», tra queste «la politica, l'economia, il sistema produttivo». L'attribuzione, infatti, allo scienziato del ruolo di «esperto», cui competerebbe il compito di «risolvere controversie» nel sistema politico-sociale¹², genera il rischio di vedere lo stesso «tirato per la giacca», a vantaggio dell'una o dell'altra pretesa interpretativa o di narrazioni dei fatti che supportano determinate posizioni politiche o d'altro genere.

Per avere contezza delle specificità del concreto esercizio della libertà scientifica, occorre innanzitutto considerarne, in chiave di lettura generale, il nucleo costituzionale, in quanto in esso ritroviamo le qualificazioni che informano «ogni ulteriore determinazione o applicazione di tale valore, (...) come limite invalicabile, inaccessibile in qualunque contesto di mediazione o di comportamento»¹³. Come avremo modo di osservare¹⁴, si dovrà considerare il «livello "alto"» che la libertà scientifica occupa «nella gerarchia dei valori costituzionali». Una libertà delineata in «assenza (...) di limiti espressi» – diversamente, ad esempio, dalla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'articolo 21 della Costituzione – con

¹¹ Ivi, 89 ss.

¹² F. BILANCIA, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, in «Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini», n. 3/2016, 178-179.

¹³ A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 97.

¹⁴ Quando porteremo in evidenza l'interpretazione giurisprudenziale in fase di bilanciamento di interessi costituzionali.

rinvio «al legislatore ordinario» per la sua disciplina, che si relaziona con altri «valori» che possono essere «equiordinati» (es. «l'arte e la religione»)¹⁵, pertanto operanti in ambiti separati, o altri valori, nel qual caso il confronto seguirà criteri diversi.

Questi aspetti vengono ben spiegati riconducendo la libertà in uno spazio più ampio, quello del ruolo dell'Accademia, delle università. Anche nella tradizionale accezione humboldtiana¹⁶. Come potrebbe essere immaginato, infatti, il progresso della società attraverso la crescita, sia in termini di conoscenza che di acquisizione delle metodologie insite nelle discipline insegnate, senza una ricerca libera che sia in grado di esprimersi in assenza di condizionamenti. E, come di seguito si osserva, al pari di quanto si rileva per la libertà di cronaca, proprio le azioni legali intraprese nei confronti dei ricercatori per presunta diffamazione, così come la minaccia di azioni legali, possono determinare concrete limitazioni all'esercizio della libertà di ricerca¹⁷.

Ritornando al concetto generale di dimensione difensiva della libertà di ricerca, la sua accezione negativa non appare sufficiente. Deve essere quindi considerato anche il profilo positivo, con i conseguenti ruoli che lo Stato deve sempre più assumere, per rimuovere gli ostacoli e favorirne lo sviluppo (ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della Costituzione)¹⁸. Questo profilo è particolarmente avvertito dalla dottrina italiana, a differenza di altri paesi, in cui l'attenzione è prestata prevalentemente al profilo negativo, così nell'autonomia che deve essere garantita nella scelta dei temi di ricerca e nel loro concreto perseguimento¹⁹. Vanno quindi considerati entrambi i profili, negativo e positivo²⁰; ciò è immediatamente ricavabile dagli articoli 9 e 33 della Costituzione, che «istituiscono fra Stato e scienza un rapporto nuovo fatto di coesistenza dell'obbligo positivo fissato nell'art. 9 e del dovere negativo posto nell'art. 33»²¹.

¹⁵ *Idem*, p. 97 – 98.

¹⁶ Su cui ci si sofferma *infra* § 2.

¹⁷ Sul punto si veda le riflessioni sviluppate *infra* § 5.

¹⁸ Cfr. ancora A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., p. 98.

¹⁹ Il riferimento è, ad esempio, B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Padova 2018, 16-17.

²⁰ Quest'ultimo sostanzialmente coincidente con l'attribuzione delle risorse che permettano l'esercizio della scienza. Cfr. MERLONI, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano 1990, 361.

²¹ M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 751-752.

2. La «libertà accademica», quale sintesi delle tre missioni: ricerca, insegnamento e terza missione

La libertà di ricerca scientifica viene anche ricompresa in quella (in ambito europeo definita) «accademica». Espressione che ha una portata ampia, ricomprendendo, infatti, anche quella di insegnamento²²; e non solo, come vedremo quando a essere richiamata è la cosiddetta «terza missione».

Il principale riferimento normativo è l'articolo 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce: «le arti e la ricerca scientifica sono libere. La *libertà accademica* è rispettata». Espressione i cui contenuti ritroviamo declinati all'interno della Raccomandazione 1762(2006) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa²³, adottata richiamando la *Magna Charta Universitatum*²⁴. Il Consiglio d'Europa riafferma il diritto della libertà accademica e l'autonomia universitaria. In termini di principi, tra gli altri, prevede che «la libertà accademica, nella ricerca come nell'insegnamento, dovrà garantire la libertà di espressione e d'azione, la libertà di comunicare informazioni nonché quella di

²² In questo senso, B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., 1, afferma che «la libertà accademica» come riconosciuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «non ha a ben vedere, un'effettiva portata innovativa rispetto all'ordinamento italiano. Piuttosto (...) rappresenta un'espressione di sintesi del combinato disposto delle libertà di ricerca scientifica e d'insegnamento».

²³ Adottato dall'Assemblea il 30 giugno del 2006. Visionabile con il Report, la *Motion of Recommendation e il Reply from the Committee of Ministers* in <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=17469&lang=EN>.

²⁴ La *Magna Charta Universitatum* è un documento sottoscritto inizialmente da 388 rettori e capi delle università europee. È visionabile nel sito dell'*Observatory Magna Charta Universitarum* in <http://www.magna-charta.org/>.

È stata approvata nel 1988 in occasione del novecentesimo anniversario dell'istituzione dell'Università di Bologna, oggi giunta a 889 sottoscrizioni di università di 88 paesi nel mondo, numero in continua crescita. Ne è nato l'*Observatory Magna Charta Universitarum*, con il quale collabora il Consiglio d'Europa, che ha tra i suoi compiti il monitoraggio (indipendente) dello *status* dell'autonomia istituzionale e della libertà accademica nel mondo. Compito, <http://www.magna-charta.org/about-us/how-does-the-observatory-work>, esercitato anche attraverso visite condotte presso le università e, più in generale, osservando i sistemi universitari per comprendere la situazione attraverso uno sguardo oggettivo, esterno al fine di creare un approccio condiviso tra gli attori della ricerca e dell'alta educazione.

L'osservatorio coopera con le maggiori associazioni universitarie, come la EUA (*European University Association*), il *Council of Europe* (al quale si fa in questa sede riferimento con particolare riferimento alla citata raccomandazione 1762 (2006)), l'UNESCO, la IAU (*International Association of Universities*), la ACE (*American Council of Education*), e altre.

ricercare e di diffondere senza restrizione alcuna sapere e verità»; «l'autonomia istituzionale delle università dovrà ricoprire un impegno indipendente verso la loro missione culturale e sociale tradizionale, tuttora essenziale, attraverso una politica di arricchimento dei saperi (...)». Si afferma, inoltre, come la storia abbia «dimostrato che gli attentati alla libertà accademica e all'autonomia hanno sempre comportato un arretramento sul piano intellettuale, e quindi una stagnazione economica e sociale». A ciò deve aggiungersi un ulteriore aspetto, di cui si dirà, che ha a oggetto la necessità da parte dell'università di relazionarsi in modo nuovo con la società, al passo con l'evoluzione in atto della «società del sapere», con conseguente responsabilizzazione «sociale e culturale delle università» e relativo «obbligo di renderne conto pubblicamente e di farne una loro precipua missione».

Dell'espressione «libertà accademica» è fatto uso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Si vogliono segnalare solo alcune pronunce di nostro specifico interesse. Queste riguardano la Corte europea dei diritti dell'uomo. Così nella sentenza della sez. II, 20 gennaio 2010²⁵ si afferma che alla libertà accademica ci si debba riferire in quanto «garanzia della libertà di espressione e di azione, della libertà di trasmettere informazioni e della libertà di “ricercare e divulgare senza restrizioni il sapere e la verità” »²⁶.

Ma è soprattutto il provvedimento emesso dalla medesima sezione il 19 giugno 2018 a rilevare ai nostri fini. Al di là della paradossale situazione sulla quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi²⁷, la Corte ha affermato che la causa aveva a oggetto la libertà accademica del docente universitario, quindi la libertà di espressione e di azione, di comunicazione di informazioni, volta a «cercare e diffondere senza restrizioni la

²⁵ In cui si fa riferimento alla libertà accademica, più specificamente al profilo dell'insegnamento.

²⁶ Ricorso n. 39128/05 – Vallauri c. Italia, con traduzione dei passaggi centrali relativi alla violazione dell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si veda A. SONAGLIONI in *Corriere Giur.*, 2010, 5, 669 ss. Di particolare interesse per il bilanciamento in cui risulta impegnata la Corte tra libertà di espressione che implica il diritto di trasmettere conoscenze senza restrizioni e interesse di un'università a trasferire insegnamenti conformi alle convinzioni religiose sue proprie.

²⁷ Un'università turca ha sanzionato un proprio docente per aver partecipato, senza l'autorizzazione dell'ateneo, a un dibattito televisivo in una città altra rispetto a quelle in cui risiedeva. Nel giudicare il comportamento i giudici amministrativi non hanno tenuto conto in motivazione della libertà accademica nel bilanciamento degli interessi in gioco.

conoscenza e la verità». Anche se la sanzione inflitta era solo quella del rimprovero, la Corte ha ritenuto che fosse comunque idonea a determinare un effetto «agghiacciante», in quanto in grado di influire sull'esercizio della libertà di espressione del docente universitario.

Può essere utile un riferimento anche alla Corte di giustizia dell'Unione europea²⁸. È utile considerare la pronuncia 23 gennaio 2014, n. 15²⁹, che si sofferma sulla libertà accademica. In particolare, la Corte di giustizia afferma che «l'autonomia di cui godono le università in materia di insegnamento e di ricerca è espressione della libertà di insegnamento e di ricerca». Tale principio sancito dall'articolo 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – oltre che dalla Legge fondamentale tedesca³⁰ –, determina che anche nel caso in cui vengano esercitati controlli legittimi³¹, questi non possano estendersi sino a ricomprendere l'attività didattica e di ricerca, in quanto l'autonomia delle università rispetto a tali attività è espressione di valori di natura costituzionale comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri ed è sancita nella Carta. Il giudice tedesco³² ha presentato domanda di pronuncia pregiudiziale su di un tema inedito (appalti, «*in house* orizzontale», università). La stessa Germania alla quale, come autorevolmente sottolineato, saremmo «tutti debitori», in quanto, come fu osservato, «unico paese in cui il diritto della scienza ha una solida, complessa e articolata struttura»³³.

Ciò pone in evidenza la centralità della libertà accademica anche rispetto a profili diversi rispetto a quelli che stiamo affrontando, ma comunque da considerare in fase di ponderazione degli interessi tutelati quando si addivene al bilanciamento in considerazione delle norme costituzionali o europee in relazione a fatti ricollegabili alla disciplina interna e alla relativa giurisprudenza. Si ebbe ad affermare che «la scienza costituisce indubbiamente un problema specifico del diritto costituzionale contemporaneo, e tutto» lasciava «presumere» «che la sua importanza»

²⁸ In questo caso il tema affrontato è distante da quello di cui ci si occupa. Il riferimento è alla disciplina degli appalti pubblici in Germania.

²⁹ *Datenlotsen Informationssysteme*, Causa C-15/13. Si fa riferimento alle operazioni «*in house* orizzontali» e ai margini di controllo esercitabili nei confronti degli istituti di insegnamento superiori in quanto soggetti aggiudicatari.

³⁰ Con riferimento all'ordinamento tedesco cui ci si riferisce per il caso in esame, il riferimento costituzionale è all'articolo 5, paragrafo 3, del *Grundgesetz*.

³¹ In questo caso per l'attribuzione diretta senza applicazione delle procedure di aggiudicazione.

³² *L'Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*.

³³ Nel 1990 da A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 90.

fosse «destinata a crescere in futuro». Ove per «specificità» si intendeva l'«autonoma connotazione in termini di valore e di oggetto nel sistema costituzionale che consiste in una diversa disciplina delle libertà “general” in quanto operanti in ambiente “scientifico” (normalmente un loro rafforzamento, come nel caso delle libertà intellettuali)»³⁴.

Ritornando al rapporto tra le due declinazioni della libertà accademica, quella di ricerca e insegnamento, va rilevato che intercorre un legame stretto, come noto risalente e direttamente ricollegabile al cosiddetto modello humboldtiano. È in esso il primario riferimento teorico – come osservato in dottrina: «in parte reale, in parte mitico» e, comunque, attenuatosi³⁵ – cui si ispirano le normative dei paesi occidentali³⁶. Come è stato osservato, «la libertà di apprendimento degli studenti (...) impone la libertà di ricerca dei docenti»; «non vi è (...) un diritto all'istruzione universitaria se non è assicurata un'adeguata protezione della libertà scientifica»³⁷.

Spostando l'attenzione al quadro normativo, la legge 30 dicembre 2010, n. 240 «Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario» (anche nota come legge Gelmini), nel dettare i «principi ispiratori della riforma», all'articolo 1, comma 1, dispone: «Le università sono sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e sono luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; operano, *combinando in modo organico ricerca e didattica*, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica»³⁸.

Trasponendo la riflessione sui 'limiti' della libertà accademica, questi rilevano sul ruolo e l'attività di ricerca (la seconda missione) dei pro-

³⁴ Ivi, 89.

³⁵ Ivi, 104, si sofferma sulle funzioni didattiche delle università, rilevando «una rottura di quella consustanzialità tra scienza e insegnamento che (...) aveva costituito uno dei fondamenti del privilegio (esistente o rivendicato) delle Università».

³⁶ Cfr. W. VON HUMBOLDT, *Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten zu Berlin (1809-1810)*, sul web in <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/5305/229.pdf?sequence=1> con traduzione inglese *On the Spirit and Organisational Framework of Intellectual Institutions in Berlin*, in *Minerva*, Vol. 8, n. 2 (April 1970), 242 s.

³⁷ La cui promozione, B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., 4, ricade tra gli obblighi della Repubblica secondo quanto disposto dall'articolo 9, comma 1, della Costituzione.

³⁸ Il corsivo è nostro.

fessori e ricercatori, così come nell'insegnamento (la prima missione)³⁹; occorre però anche riferirsi alla diffusione dei risultati della ricerca sia nell'ambito della comunità di appartenenza (così attraverso le pubblicazioni scientifiche), sia attraverso la cosiddetta «terza missione». Con tale espressione, anche declinata in dottrina in termini di «libertà di “terza missione”», si intende, in particolare, il fine di contribuire allo sviluppo sociale, culturale ed economico della società⁴⁰, che ricade sugli accademici e sugli atenei in quanto organizzazione.

Questa terza declinazione di libertà, ove ci si riferisca a questa ricostruzione, è di più recente caratterizzazione. Essa risponde, come è stato osservato, oltre che generalmente a esigenze sociali, alla risoluzione di specifici problemi, anche di contesto locale, che possono essere affrontati in collaborazione con le istituzioni pubbliche, sino a supportare attività di *policy-making*⁴¹. Questi precipitati sono ricollegabili al tema che trattiamo, infatti professori e ricercatori sono stati oggetto di giudizio per diffamazione proprio per prodotti inquadrabili in tale categoria, secondo quanto si va affermando. Terza missione che deve essere intesa in termini di ‘completamento’ delle libertà di ricerca e insegnamento più che di ‘giustapposizione’, in quanto tali due prime missioni sarebbero il «pre-supposto della terza»⁴².

Ciò è facilmente comprensibile se ci si addentra nelle «attività di terza missione», nei loro contenuti, in grado di fornirci elementi per capire i riflessi delle azioni assimilabili sul piano dei principi costituzionali. Da cui potrebbero conseguire effetti dal punto di vista giudiziario, quando,

³⁹ Su cui però non ci si sofferma.

⁴⁰ In questi termini B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, 30-38.

Per terza missione deve intendersi, ANVUR (Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca), 2013, *Rapporto sullo stato del sistema universitario e della ricerca. II.2.3, La terza missione nelle università*, Roma, pp. 559-583 (http://www.anvur.it/attachments/article/882/8.Rapporto%20ANVUR%202013_UNI~.pdf): l'«insieme delle attività con le quali le università entrano in interazione diretta con la società, affiancando le missioni tradizionali di insegnamento (prima missione, che si basa sulla interazione con gli studenti) e di ricerca (seconda missione, in interazione prevalentemente con le comunità scientifiche o dei pari). Con la Terza Missione le università entrano in contatto diretto con soggetti e gruppi sociali ulteriori rispetto a quelli consolidati e si rendono quindi disponibili a modalità di interazione dal contenuto e dalla forma assai variabili e dipendenti dal contesto».

⁴¹ Con riferimento agli accademici e al coinvolgimento che li vede protagonisti nella «terza missione» si veda il recentissimo contributo di A. PERULLI, F. RAMELLA, M. ROSTAN, R. SEMENZA (a cura di), *La terza missione degli accademici italiani*, Bologna 2018. Si veda in particolare 12.

⁴² Ancora B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, 32-33.

quindi, sul magistrato ricada il compito di verificare la sussistenza o meno degli elementi di un'eventuale diffamazione e l'applicabilità dell'esimente *ex art. 51 c.p.*⁴³, in forza della quale è esclusa la punibilità in quanto l'attività è frutto dell'«esercizio di un diritto».

Addentrando ci nello specifico dei «tipi di attività di terza missione» ve ne sono due strettamente ricollegabili ai professori e ricercatori universitari e all'astratta configurazione di comportamenti in grado di ledere l'altrui reputazione.

Il primo è quello della «ricerca su commissione, ricerca in collaborazione, consulenza e servizi» («*Academic Engagement*»); tra i contenuti tipici di tali attività vi sono: «messa a disposizione di risultati di ricerca in risposta a richieste esterne»; «ricerca commissionata da organizzazioni non universitarie»; «ricerca svolta in collaborazione con membri di un'organizzazione non universitaria».

Un secondo riferimento è all'«impegno pubblico e sociale» («*Public Engagement*»), in cui possono ricomprendersi: i «contributi al dibattito pubblico attraverso interventi sui *mass media* (stampa, radio, TV, internet)»; la «divulgazione scientifica attraverso interventi sui *mass media* (stampa, radio, TV, internet) esterni all'università»; «incontri, conferenze o attività formative»; «partecipazione a eventi in collaborazione con organizzazioni non universitarie» (conferenze, incontri)⁴⁴.

⁴³ Su cui di seguito ci si sofferma, *infra* § 4 ss.

⁴⁴ Come più diffusamente di seguito si osserva, dalla giurisprudenza sono estrapolabili 'casi' frutto di attività di professori e ricercatori universitari che possono essere assimilati alla libertà di terza missione. Per esempio quello del ricercatore universitario autore di un articolo pubblicato in un mensile di informazione in versione *web* (sulla diffamazione in internet si veda P. FALLETTA, *La diffamazione on line* in M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Padova 2015, 157-173), condannato dalla giustizia italiana per diffamazione, successivamente posto all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia al risarcimento del danno e delle spese processuali. A essere stata violato in questo caso è l'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quindi la libertà di espressione. Viene in particolare assimilata la figura del ricercatore universitario a quella del giornalista. Al di là degli effetti favorevoli della sentenza in capo al ricercatore, ci si deve porre la domanda se, alla luce della disciplina in tema di terza missione, i riferimenti di principio, costituzionali ed europei restino questi, o se ne debba dare una differente configurazione.

L'art. 10 dispone: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e

Può essere utile riprendere il percorso argomentativo elaborato nella già richiamata più recente ricerca sul tema avente a oggetto la «libertà accademica», che riconoscendo la «terza missione tra le funzioni istituzionali delle Università», ne evidenzia gli effetti in termini di riconoscimento costituzionale. Più specificamente, l'esercizio della libertà accademica – che frutto dell'attività di ricerca si realizza anche attraverso la diffusione dei contenuti delle attività di terza missione – deve ricollegarsi ai principi costituzionali di cui all'articolo 33 della Costituzione e non alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'articolo 21 della Costituzione⁴⁵. La questione, come si avrà modo di illustrare, può avere importanti ricadute pratiche. E sicuramente richiede una riconsiderazione, una diversa lettura dell'impostazione che si coglie nella giurisprudenza interna ed europea. Con specifico riferimento alla prima, sembrerebbe potersi affermare che non vi siano pronunce che pongano in relazione il concetto di terza missione con quelle attività che vedono il ricercatore diffondere le proprie ricerche attraverso canali altri rispetto a quelli strettamente ricollegabili alla ricerca universitaria (es. libri e articoli scientifici pubblicati in riviste di settore).

Quanto affermato può indurre a sovrapporre la ('missione') libertà di ricerca con quella di terza missione. Ma ciò se ha rilevanza in termini pratici, perché consente di assimilare alla libertà di ricerca quella parte di terza missione che rileva ai nostri fini, quale appunto l'*Academic* e il *Public engagement*, non crea particolari problemi in termini di inquadramento generale. In quanto, come è evincibile anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, se la riflessione in termini di principio è condotta a partire dal concetto di libertà accademica, la tutela dell'accademico trova comunque corrispondenza nei principi europei e nella relativa giurisprudenza, con particolare riferimento alla libertà di ricerca ma anche a quella di manifestazione del pensiero⁴⁶.

Come preliminarmente osservato, lo scopo ultimo di questo contributo è fornire indicazioni il più possibile precise, attuali⁴⁷ e utili a definire

che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

⁴⁵ B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, 33-34.

⁴⁶ Come si osserverà in particolare quando si passerà in rassegna la giurisprudenza al fine di definire i confini tra diritti della personalità e attività di ricerca e terza missione.

⁴⁷ Al di là, quindi, di eventuali nuove prospettazioni di inquadramento teorico delle

quando il legittimo esercizio di diritti (articolo 51, comma 1, c.p.) pone il ricercatore in una posizione di garanzia rispetto alla potenziale violazione di altri diritti, tra cui quelli della personalità, con specifico riferimento a quelle norme poste a specifica garanzia dall'articolo 595 che disciplina, appunto, la «diffamazione».

3. *Attività di ricerca, professori e ricercatori universitari*

Anche se non può essere questa la sede per un approfondimento teorico completo dei parametri costituzionali e le loro implicazioni sul ruolo degli universitari e la loro attività scientifica e relativa divulgazione dei risultati, è opportuno comunque soffermarsi su alcuni aspetti principali di implicazione diretta e indiretta⁴⁸. Inquadrata la libertà accademica nelle sue differenti declinazioni, occorre richiamare altri riferimenti:

(3.1) la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'articolo 21 della Costituzione, ponendosi, non solo dal punto di vista teorico ma anche empirico, la questione del rapporto con l'articolo 33 della Costituzione rispetto all'esigenza di inquadramento costituzionale della divulgazione da parte dei professori e ricercatori del proprio pensiero⁴⁹;

(3.2) la tutela del riservatezza;

(3.3) il rapporto tra *status* dei professori e ricercatori e ruolo delle università, nella relativa organizzazione e nell'esercizio delle sue funzioni, rispetto al concreto esercizio dell'attività di ricerca e divulgazione.

3.1. Libertà di manifestazione del pensiero ed esercizio della libertà di ricerca

Il primo richiamo è all'articolo 21 della Costituzione, al quale fa sempre riferimento la giurisprudenza, a volte, come vedremo, per giustificare

prerogative del suo agire – in cui sicuramente ricade la ipotizzata libertà di terza missione.

⁴⁸ È indubbio che il fine ultimo di portare all'attenzione dei ricercatori l'applicazione concreta in sede giudiziaria dei limiti dell'esercizio della libertà di ricerca nel suo relazionarsi con la tutela della reputazione determini la necessità di avere chiari i riferimenti di principio, quindi di arricchire il ragionamento sinora condotto inteso alla rintracciabilità dei fondamenti dell'attività di ricerca: in essi è la spiegazione dei percorsi motivazionali intrapresi dai giudici; attraverso essi è possibile dotarsi degli strumenti argomentativi per, eventualmente, diversamente posizionarsi nell'inquadramento giuridico dei fatti.

⁴⁹ Vedremo, poi, se qualificabile scientifico o meno.

l'attività degli studiosi ai fini dell'applicazione dell'esimente *ex* articolo 51 c.p.

Sostanzialmente si assiste a una 'riduzione' della libertà di ricerca a mera argomentazione per attivare le tutele previste per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, progressivamente dilatatesi nel tempo, in particolare grazie a un sempre più ampio riconoscimento di irresponsabilità in capo alla libertà di stampa, «anche nei confronti dell'onore»⁵⁰; o, in senso inverso, per differenziare tal ultima libertà da quella di scienza, che secondo quanto già affermato, risponde a canoni altri, innanzitutto, come di seguito si osserva, per la metodologia che la sottende.

Può essere utile richiamare quella dottrina che affronta il tema spostando l'attenzione anche sui profili privatistici oltre che su quelli pubblicistici. Innanzitutto in considerazione dell'«incidenza che» la libertà di ricerca «può avere sugli altrui diritti della personalità, anch'essi previsti dalla Carta fondamentale»⁵¹. In termini di tutela dei diritti, come noto, la tutela della personalità dell'individuo può essere garantita nella sede penale così come in quella civile⁵².

Un primo filone argomentativo si basa sul concetto e sulla pratica della «critica scientifica», che rientrerebbe nel più ampio novero del diritto di critica, che ricomprende, ad esempio, quella giornalistica o politica. Ma le differenze sussistono e implicano differenti riferimenti e conseguenti

⁵⁰ Può essere utile richiamare nell'ambito del tema della «non sanzionabilità delle varie forme di esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero» l'analisi ricostruttiva prospettata da autorevole dottrina, A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Commentario della Costituzione*, Bologna 2006, 21–24, che a partire dal XVII secolo sino al XX, attraverso la ricostruzione di differenti posizioni dottrinali sul tema, osserva come, mentre nei secoli XVIII e XIX nell'Europa continentale poteva registrarsi «un'eccedenza, in fatto, di responsabilità nell'esercizio della libertà di stampa», dall'ultimo trentennio del XX secolo si registra, invece, un'eccedenza, in fatto, di irresponsabilità rispetto agli ambiti della garanzia costituzionale». Ciò sino a interessare l'«onore». L'a. si esprime criticamente nei confronti di tale tendenza, così come fa il richiamato V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli 1985, 266, secondo cui vi era una «diffusa desuetudine applicativa delle pene edittali», con l'irrogazione di condanne pecuniarie irrisorie, tra l'altro «estinte dalle ricorrenti amnistie».

Lo stesso A. PACE, *Art. 21*, cit., 128–129, si sofferma «sulla sanzionabilità della violazione dell'onore», in particolare segnalando l'irrilevanza della contestuale tutela civilistica e penalistica, trattandosi sempre di diritti che possono essere fatti valere in giudizio in quanto riconosciuti da norme costituzionali.

⁵¹ Cfr. A. MANTELERO, *Tutela dell'altrui onore e reputazione nell'esercizio della libertà di critica storica e scientifica* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 575.

⁵² *Ivi*, 576.

limiti. La differente qualificazione dell'esercizio *lato sensu* della libertà di manifestazione del pensiero rileva ai nostri fini. E ciò non è facile da desumere se non attraverso un'analisi che dia concretamente conto più che di quanto si esprime, del metodo che sottende a tale esercizio. Come si avrà modo di chiarire anche attraverso specifici richiami giurisprudenziali, è il metodo, innanzitutto, a qualificare l'espressione del pensiero come scientifico o meno. Non può essere l'autodefinizione del contributo né tanto meno il ruolo dell'autore – così quello di accademico – o la sua competenza⁵³ o l'autorevolezza⁵⁴, a qualificare il lavoro come scientifico, non se non ricorrano altri criteri legittimanti. Tra questi vi è certamente il metodo, che si differenzia in considerazione del settore scientifico (e di ciò il giudice deve dar conto?)⁵⁵, anche definibile 'disciplinare' per gli accademici. Si pensi ai contributi scientifici di matrice sociologica, storica, antropologica. Se è così, continuando a ragionare attraverso il concetto di «critica», saremmo in grado di distinguere tra (contributi rientranti nella categoria della) libertà di scienza e altro, per esempio di cronaca. Trasponendo il ragionamento sul piano giudiziario, sul giudice ricadrà il compito di considerare tale differenziazione.

Sviluppando il ragionamento considerando i parametri costituzionali di cui all'articolo 21 della Costituzione è utile soffermarsi sui distinguo che derivano proprio dal confronto tra la critica *lato sensu* e quella scientifica *stricto sensu*. Come osservato, i limiti generali a essa applicabili non sussistono negli stessi termini nelle elaborazioni della ricerca. Sarebbero differenti e meno stringenti. Lecita è, infatti, anche la critica scientifica (nel senso dell'esercizio) attraverso cui maturino giudizi di «disvalore» anche «morale», purché vi sottenda un «interesse pubblico», l'«utilità sociale» e «non si ecceda il limite della continenza»⁵⁶; nel qual caso a rile-

⁵³ In questo senso M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova 1995, 201, secondo cui di ciò si potrà dar conto ma non può essere «concludente».

⁵⁴ Criterio che può essere considerato al pari degli altri ma né necessario né esclusivo, evidentemente, altrimenti, come è stato osservato, E. LA ROSA, *Onore, sentimento religioso e libertà di ricerca scientifica in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica www.statoechiese.it), 9, nei confronti di un giovane studioso sarebbe *sic et simpliciter* esclusa l'applicabilità dell'esimente *ex art.* 51 c.p.

⁵⁵ *Infra* § 4.2.

⁵⁶ La Cass. Civ., 6 aprile 1993, n. 4109, precisa, riprendendo la precedente e costante giurisprudenza, che «il limite della continenza viene in considerazione non solo sotto l'aspetto della correttezza formale dell'esposizione, ma anche per un profilo sostanziale consistente nel non andare "al di là di quanto è strettamente necessario per l'appagamento del pubblico interesse" (Cass., Pen. 6 febbraio 1981 in *Riv. Pen.* 1982, 1954; cfr. anche Cass. Pen., 22 giugno 1982 in *Giust. Pen.* 1983-II- 358, Cass. Pen., 16 luglio 1981 *ibid.*

vare sarà proprio la metodologia tipica del contributo scientifico che determina la differenza con la «comune manifestazione del pensiero»⁵⁷. E in questo è il limite della «scienza», che non è «una qualsiasi manifestazione del pensiero»⁵⁸, anche se, come avremo modo di osservare e sottolineare attraverso la giurisprudenza, non è inconsueto che sia i nostri giudici sia quelli europei traccino percorsi argomentativi che esplicitamente superano tale differenziazione. In particolare, come fa la Corte europea dei diritti dell'uomo in una recentissima pronuncia del 2018⁵⁹, tenendo anche conto del media in cui il contributo è pubblicato (in questo caso un mensile di informazione), la pubblicazione viene fatta rientrare nella categoria di quelle tipiche del giornalismo, con conseguente assimilazione dell'attività svolta all'esercizio del diritto di cronaca e non di ricerca. Già questo richiamo giurisprudenziale, al pari di altri di cui si darà conto, determina una condizione concreta che limita una teorizzazione di carattere generale che determini una scelta unica e non modulabile della scelta del fondamento costituzionale del ricercatore e delle sue attività. Una scelta che consenta di determinare quale fondamento costituzionale esclusivo di carattere generale e onnicomprensivo l'articolo 21 o l'articolo 33 della Costituzione. Ciò indurrebbe ad affermare come sul piano dogmatico siano sicuramente utili al dibattito, ma non del tutto soddisfacenti dal punto di vista sostanziale, quelle classificazioni degli orientamenti in materia che ipotizzino l'un riferimento costituzionale a esclusione dell'altro⁶⁰, per alcune specifiche situazioni non rinvenendosi ancora nella giurispruden-

1983-II- 5). E tale indirizzo va condiviso «non potendosi revocare in dubbio che solo l'esigenza di soddisfare l'interesse generale alla conoscenza di determinati fatti di rilievo sociale (o delle opinioni e dei risultati della ricerca scientifica, artistica, storica, ecc.) possa giustificare la "prevalenza" della tutela del diritto di libera manifestazione del pensiero su quella dell'integrità dell'onore e della reputazione del singolo cittadino».

⁵⁷ Cfr. A. MANTELERO, *Tutela dell'altrui onore*, cit., 584, che richiama sul punto Cass. 6 aprile 1993, n. 4109

⁵⁸ *Ibidem*, in quanto «la logicità degli assunti», il «rigore tecnico», «il ripudio di qualsiasi falsificazione» sussumono la differenziazione sul piano teorico e dei principi di riferimento.

⁵⁹ Sezione II, 17 luglio 2008, Ricorso n. 4221/07 – Riolo c. Italia

⁶⁰ Per una lettura agevole sui due distinti orientamenti si veda E. LA ROSA, *Onore*, cit., 11-14. L'a., in considerazione delle differenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali, ne sottolinea i limiti: l'esclusivo riferimento al solo articolo 33 della Costituzione determinerebbe ampie «condizioni di liceità» con conseguente limitazione da parte del giudice, come affermato nella giurisprudenza ivi citata (Cass. Pen. 13 novembre 1993, in *Guida al diritto*, 1994, F. 4, 74), dell'attività di «accertamento alla sola qualificazione scientifica dell'opera "nella sua rigorosa formalità, per il metodo, lo stile e il contenuto»». Ma anche se si dovesse affermare che tale condizione non comporterebbe limiti, con la conseguen-

za orientamenti univoci, sia interni sia in sede europea. Deve essere però affermato come ciò non appaia di per sé un ostacolo sul piano della garanzia dei diritti e del bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati.

3.2. La nuova disciplina sul trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica e per scopi di ricerca storica

Il tema del trattamento⁶¹ dei dati personali non è estraneo al nostro oggetto di studio. L'origine del dato, l'utilizzo della fonte sono collegati all'attività di ricerca, alla diffusione dei risultati. La liceità del trattamento deve essere distinta dal punto di vista giuridico rispetto a quei profili che interessano direttamente la pubblicazione del ricercatore e dei suoi limiti rispetto ai diritti della personalità. Ma la connessione è evidente. Si pensi, solo per fare un esempio, all'uso dei dati già definiti giudiziari⁶² che possono essere utilizzati nelle attività di ricerca riportanti nomi e fatti che possiamo ritrovare nelle ricostruzioni storiche, anche all'interno di un

te inapplicabilità dell'articolo 595 c.p., non sarebbe comunque ipotizzabile escludere il «contemperamento con gli altri diritti riconosciuti dalla carta fondamentale».

⁶¹ Come noto il concetto di trattamento è assai ampio e ricomprende molte delle attività che il ricercatore può svolgere. Per «trattamento» si intende, ai sensi dell'art. 4 del «Regolamento generale sulla protezione dei dati» (GDPR) n. 2016/679, «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

⁶² L'art. 4, co. 1, lett. e), del d.lgs n. 196/2003, oggi abrogato, definiva «dati giudiziari, i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale. L'espressione «dati giudiziari», utilizzata ai sensi dell'art. 4, co. 1, lett. e), si intende riferita, secondo quanto dispone l'art. 22, comma 2, del d. lgs. n. 101/2018, ai dati di cui all'art. 10 del Regolamento (UE) n. 2016/679. L'articolo disciplina il «Trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati», e dispone: «Il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica».

lavoro di matrice sociologica. Per questo appare opportuno soffermarsi, pur sinteticamente e con approccio selettivo, ai temi connessi al rapporto tra la disciplina del trattamento dei dati personali e all'esercizio dell'attività di ricerca scientifica.

I ricercatori sociali sono ben consapevoli di tale questione, che desta particolare preoccupazione in considerazione del trattamento che fanno dei dati personali, anche nelle modalità più recenti di ricerca (così, ad esempio, con i *big data*).

Una diffusa richiesta di chiarimenti proviene dai sociologi; meno da parte degli storici, in quanto il legislatore ha da sempre disciplinato in modo autonomo la «ricerca storica» e in modo più chiaro; da ciò ha conseguito il consolidamento delle relative regole (contenute in fonti europee, statali di rango primario e nei codici di deontologia, e oggi nelle «regole deontologiche») e delle prassi; e, per quanto l'attuale riforma abbia interessato anche la ricerca storica, vi è comunque una maggiore consapevolezza del rapporto tra attività e limiti. Ma in generale si registra una diffusa attenzione, se non preoccupazione, da parte degli studiosi tutti, e tra questi anche da parte di quelli di nostro principale interesse.

La disciplina della protezione dei dati personali è stata oggetto di un'importante riforma, introdotta, come è noto, dal regolatore europeo con il «*General Data Protection Regulation*» (di seguito GDPR) «Regolamento generale sulla protezione dei dati» n. 2016/679⁶³ e, successivamente, da quello statale con il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, che contiene «disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale»⁶⁴, e i cui contenuti ritroviamo per gli aspetti di nostro interesse nella riforma del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, il Codice per il trattamento dei dati personali (di seguito «Codice della *privacy*»).

Il legislatore europeo ha dato un'impostazione unitaria per taluni riferimenti di principio tra le tipologie di trattamento nella ricerca storica, nell'attività di archiviazione, nel trattamento a fini di ricerca scientifica e statistica. Come è stato osservato, affermatasi la distinzione che intercorre tra le azioni tipiche di tali attività, vi sarebbe «una tendenziale omoge-

⁶³ Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

⁶⁴ Decreto legislativo 10 agosto 2018 n. 101 Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati).

neità di natura teleologica, poiché tutte sono dirette a realizzare un fine comune, cioè il soddisfacimento dell'interesse pubblico (ma anche quello individuale) della conoscenza»⁶⁵. Ciò è quanto rileva dal GDPR. Vi è quindi una disciplina comune e un sistema di norme in deroga applicabile alla tutela generale dell'interessato. Così nel GDPR si fa riferimento alle condizioni generali per il trattamento dei dati personali⁶⁶, ove è disposto che si può a esse derogare, ad esempio, per «l'esecuzione di un compito di interesse pubblico (...)», secondo quanto sarà disciplinato dallo stesso «diritto dell'Unione o degli Stati membri», stabilendo e precisando «le finalità e i compiti per i quali l'ulteriore trattamento è considerato lecito e compatibile»⁶⁷. Si specifica quindi che un «ulteriore trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici» dovrebbe appunto «essere considerato un trattamento lecito e compatibile». Tale sistema di deroghe è altresì rilevabile per altri aspetti disciplinati dal GDPR⁶⁸.

Un altro riferimento lo rinveniamo tra i «principi», dove è disposto che mentre in linea generale i dati che consentano l'identificazione degli interessati possano essere conservati «per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati», la conservazione possa avvenire per periodi più lunghi «a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici»⁶⁹, pur nel rispetto

⁶⁵ Cfr. sul punto il più recente contributo in materia, G.M. UDA, *Il trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCENTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino 2019, 573 ss.

⁶⁶ In questo considerando ci si riferisce al trattamento «per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti».

⁶⁷ V. cinquantesimo considerando. Inoltre l'articolo 1 «Principi applicabili al trattamento di dati personali» dispone che «i dati personali sono:

a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);

b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»).

⁶⁸ Il sessantaduesimo considerando lo fa con riferimento all'«obbligo di fornire l'informazione (...) se informare l'interessato si rivela impossibile o richiederebbe uno sforzo sproporzionato». Affermando che «quest'ultima eventualità potrebbe verificarsi (...) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici».

⁶⁹ Art. 1, lett. e).

di «garanzie e deroghe» disciplinate dall'art. 89 del GDPR⁷⁰. Egualmente per talune «categorie particolari di dati personali», quali, ad esempio, l'origine razziale o le opinioni politiche, per i quali in linea generale non è consentito il trattamento, questo potrà realizzarsi nel caso in cui il fine sia quello della ricerca scientifica o storica⁷¹. Possono essere segnalate ulteriori deroghe: rispetto alla disciplina dei dati non ottenuti presso l'interessato⁷² o al diritto di opposizione esercitabile dall'interessato⁷³.

È bene osservare più da vicino le specifiche regole di nostro interesse, quindi l'esercizio delle attività del ricercatore ma anche delle università, così come dettate dal nostro legislatore in sede di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello europeo, con il d. lgs. n. 101/2018 e il Codice della *privacy*, in particolare il Titolo VII della parte seconda che disciplina i «Trattamenti a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici».

È ivi disciplinata la «Durata del trattamento» dei dati personali, stabilendo che possa avvenire anche oltre il tempo necessario, là dove debbano essere conseguiti scopi altri rispetto a quelli per cui i dati siano stati antecedentemente raccolti o trattati. Così come, sempre a fini di ricerca scientifica, «i dati potranno essere conservati o ceduti ad altro titolare anche quando è cessato il trattamento dei dati»⁷⁴.

Un'ulteriore disposizione contempla la possibilità⁷⁵ da parte delle università e, più in generale, dei soggetti pubblici di «comunicare e diffondere, anche a privati e per via telematica, dati relativi ad attività di

⁷⁰ Dovranno però essere assicurate «misure tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati». Misure che possono ricomprendere la «pseudonimizzazione», sempre che le finalità possano essere egualmente raggiunte.

⁷¹ Dovendosi però prevedere «misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato» (art. 9 del regolamento).

⁷² L'articolo 14 «Informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato», stabilisce che in tal caso il titolare del trattamento fornisce all'interessato una serie di informazioni, non però nel caso in cui la loro comunicazione risulti «impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato in particolare per il trattamento a fini di (...) ricerca scientifica o storica», pur applicando una serie di condizioni e garanzie nello stesso articolo riportate.

⁷³ L'articolo 21 disciplina l'esercizio di tale diritto, che si riflette sul «titolare del trattamento» che si dovrà astenere «dal trattare ulteriormente i dati personali»; norma che non si applica, se il trattamento ha come fine la «ricerca scientifica o storica» ed «è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico» (punto modificato con avviso di Rettifica pubblicato in G.U.C.E. L 23 maggio 2018, n. 127).

⁷⁴ Art. 99 del Codice.

⁷⁵ Art. 100 del GDPR.

studio e di ricerca, a laureati, dottori di ricerca, tecnici e tecnologi, ricercatori, docenti, esperti e studiosi». Dati che comunque potranno essere trattati esclusivamente per gli scopi in considerazione dei quali siano stati comunicati o diffusi. Fanno eccezione alcune categorie di dati personali, specificati dagli articoli 9⁷⁶-10⁷⁷ del Regolamento europeo.

Nel citato titolo VII del Codice della *privacy*, al Capo III, è disciplinato il «trattamento a fini statistici o di ricerca scientifica»⁷⁸. Con riferimento alla «Modalità di trattamento»⁷⁹, se da un lato è disposto che i fini di «ricerca scientifica devono essere chiaramente determinati e resi noti all'interessato», o in base «a specifiche circostanze individuate dalle regole deontologiche» da soggetti altri, dall'altro è previsto che «per il trattamento effettuato a fini (...) di ricerca scientifica rispetto a dati raccolti per altri scopi, le informazioni all'interessato non sono dovute quando richiede uno sforzo sproporzionato rispetto al diritto tutelato»; devono però essere adottate le idonee forme di pubblicità individuate sempre dalle «regole deontologiche».

Tali principi e regole li ritroviamo all'interno Codice della *privacy*. Ma è soprattutto utile soffermarsi sui «codici di condotta», così definiti dal legislatore europeo con il GDPR. I Codici di condotta esprimono la volontà del legislatore europeo di prevedere norme di natura autoregolamentare; destinate a disciplinare particolari settori, con indicazione di misure tecniche e conseguente generazione dei presupposti per la determinazione di comportamenti e prassi operative. Tali fonti normative si caratterizzano, anche, per la loro flessibilità, in quanto più agevolmente modificabili rispetto alle fonti di rango primario. Sono espressione, inoltre, di un «modello autoregolamentare» partecipato che si concretizza in base a «procedure di co-decisione» tra il nostro Garante della *privacy* e le parti interessate⁸⁰. Senza potere in questa sede approfondire la tematica

⁷⁶ In particolare quelli che «rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché (...) genetici, (...) biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

⁷⁷ Il riferimento è ai «dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza».

⁷⁸ All'art. 104. Anche se è ivi previsto che le disposizioni del capo in esame si applicano al trattamento di dati per fini statistici e, in quanto compatibili, per fini di ricerca scientifica.

⁷⁹ Art. 105 «Codice della *privacy*».

⁸⁰ R. D'ORAZIO, *Sub. Art. 40*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy*, Milano 2018, 362.

nel suo complesso, per cui si rinvia⁸¹, è utile osservare le caratteristiche principali di nostro precipuo interesse, riferendoci a quanto disposto invece dalle «regole deontologiche» per i trattamenti a fini di ricerca scientifica e storica. Il riferimento esclusivo alle Regole deontologiche (italiane) riflette l'«approccio pratico» che in questa sede si segue, in quanto la materia di nostro interesse non è disciplinata, a oggi, dai Codici di condotta unionali⁸². Si tratta di due diverse tipologie di codici, accomunati da una serie di riferimenti regolamentari, differenziati dal procedimento e dall'ambito di azione, europeo per i codici di condotta, nazionale per le regole deontologiche approvate dai singoli Stati membri.

Volgendo lo sguardo alla disciplina statale, quindi, occorre *in primis* richiamare l'articolo 106 del Codice della *privacy*, dedicato ai trattamenti a fini di ricerca scientifica⁸³. È ivi disposto che al Garante spetta⁸⁴ la promozione e l'approvazione delle regole deontologiche «per i soggetti pubblici e privati, ivi comprese le società scientifiche e le associazioni professionali, interessati al trattamento dei dati per fini statistici o di ricerca scientifica, volte a individuare garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato in conformità» al già richiamato articolo 89 del Regolamento.

Il Garante nella formulazione delle regole *de quibus* ha considerato «l'esigenza di temperare il diritto alla libertà di ricerca con altri diritti fondamentali dell'individuo, in ossequio al principio di proporzionalità»⁸⁵.

Le «Regole deontologiche per trattamenti di ricerca scientifica»⁸⁶ de-

⁸¹ *Idem*, 352-394.

⁸² Per l'approfondimento sulla complessità di inquadramento e le difficoltà di definizione dei rapporti intercorrenti tra tali due diverse tipologie di 'codici', si rinvia alla dottrina, in particolare, V. R. BIFULCO, *Codici di condotta e regole deontologiche, dopo il d.lgs 101/2018* in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*. Padova 2019, 169-191, M. TIMIANI, *La funzione dei codici di condotta e delle certificazioni*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica. Valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamenti UE 2016/679*. Si veda anche A.R. POPOLI, *Codici di condotta e certificazioni* in G. FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento*, cit., 367-421.

⁸³ E statistici.

⁸⁴ Sul punto si veda l'articolo 2-*quater* «Regole deontologiche» del Codice della *privacy*, introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 101/2018.

⁸⁵ Considerando 4 del Regolamento.

⁸⁶ Inserite nell'allegato a norma dell'art. 1, del decreto del Ministero della giustizia 15 marzo 2019, oggetto della delibera del Garante per la protezione dei dati personali n. 515 del 19 dicembre 2018, già pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 14 gennaio 2019, Serie generale, n. 11, consultabile nel sito del garante all'indirizzo <https://www.garante-privacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9069661>.

Il presente decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Ministero della Giustizia.

vono essere rispettate in quanto «condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali»⁸⁷, e l'eventuale mancato rispetto comporta l'applicazione di sanzioni⁸⁸.

Le regole si applicano ai trattamenti che si effettuano per scopi scientifici. È disposto⁸⁹ come occorra considerare gli «standard metodologici» del settore disciplinare di chi tratta i dati. Dati di cui possono essere «titolari» le università, o altri enti e istituti di ricerca⁹⁰, così come le società scientifiche⁹¹ (nonché i ricercatori che operano nell'ambito di tali organismi).

Nel Codice⁹² vengono inoltri riportati i «presupposti del trattamento dei dati», a partire dal progetto che deve essere redatto conformemente agli standard di cui sopra, così da potere dimostrare che il trattamento venga «effettuato per idonei ed effettivi scopi (...) scientifici» e che dovrà essere consegnato all'ente cui si afferisce⁹³, su cui ricadono una serie di obblighi. Le misure che dovranno essere adottate per il trattamento dei dati, i responsabili del trattamento, e l'impegno che in considerazione delle regole deontologiche si assumono i ricercatori nelle fasi della ricerca dovranno essere contemplati nel progetto. Dove il presupposto di fondo è nella necessità che i trattamenti dovranno sempre trovare un fondamento normativo.

Tutti i principi introdotti dal GDPR dovranno non solo essere rispettati ma (secondo quanto dispone l'articolo 5, paragrafo 2) si dovrà essere in grado di provarlo. Tal è il principio della «responsabilizzazione» (o *accountability*), che viene poi esplicitato ulteriormente dall'articolo 24, paragrafo 1, del GDPR⁹⁴.

⁸⁷ Il regolamento ha ad oggetto anche il trattamento a fini statistici di cui però in questa sede non ci si occupa.

⁸⁸ Di cui all'art. 83, paragrafo 5 del Regolamento (artt. 2-*quater*, comma 4, e 166, comma 2, del Codice).

⁸⁹ Art. 2 del Codice.

⁹⁰ Definiti dall'art. 1, co. 1, lett. d) dello stesso Codice quali organismi di diritto pubblico o privato «per il quale la finalità di statistica o di ricerca scientifica risulta dagli scopi dell'istituzione e la cui attività scientifica è documentabile».

⁹¹ Con quest'ultima locuzione si intendono quelle associazioni che raccolgono gli studiosi di un «ambito disciplinare, ivi comprese le relative associazioni professionali». Così l'art. 1, co. 1, lett. e) dello stesso Codice.

⁹² Secondo quanto dispone l'art. 3.

⁹³ Questo dovrà curarne la conservazione, in forma riservata (essendo la consultazione del progetto possibile ai soli fini dell'applicazione della normativa in materia di dati personali), per cinque anni dalla conclusione programmata della ricerca.

⁹⁴ Dove si afferma che il «titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare che il trattamento è effettuato conformemente allo stesso Regolamento». Per una spiegazione dettagliata

Sulle università e gli altri enti richiamati ricadono una serie di obblighi tra cui: conservare la «documentazione relativa ai progetti di ricerca presentati e agli impegni sottoscritti dai ricercatori»; assicurarsi che vengano diffuse e rispettate le regole deontologiche da parte di coloro che siano coinvolti, sia all'interno, sia all'esterno, dell'ente nell'ambito dell'attività di ricerca cui si fa riferimento nel progetto, «anche adottando opportune misure sulla base dei propri statuti e regolamenti»⁹⁵. Attività, questa, svolta dagli atenei, talvolta con meri richiami sintetici alla disciplina, talaltre attraverso informazioni e riferimenti più analitici. Ritroviamo, per esempio, sezioni dei siti web istituzionali che forniscono puntuali indicazioni dei modelli che devono essere compilati dai ricercatori, a partire dagli obblighi generali che devono essere osservati, con riferimenti al codice deontologico, le procedure che dovranno essere seguite nell'esercizio dell'attività di ricerca, o in quella di comunicazione dei dati ad altre università o a enti di ricerca, ma anche in merito alla diffusione dei dati, fino a contemplare le linee guida sulle misure di sicurezza che dovranno essere adottate quando si trattino dati personali⁹⁶.

Non è dato sapere al momento quanti professori e ricercatori rispettino tali regole e quanti siano consapevoli della regolamentazione adottata dai propri atenei. La questione non può essere approfondita in questo contributo, ma sarebbe opportuno farlo, in quanto la stretta applicazione della normativa cambia il modo di svolgere le ricerche che prevedono il trattamento di dati personali nelle loro differenti qualificazioni. Sfolgiando nel dettaglio le prescrizioni si possono immaginare le ricadute sul piano organizzativo che impatteranno sia sui ricercatori sia sulle strutture amministrative.

Una serie di adempimenti concernono la redazione di progetti di ricerca che motivino le ragioni del trattamento, così gli scopi scientifici. Il riferimento è agli standard metodologici del settore scientifico disciplinare di riferimento⁹⁷.

si vedano le indicazioni fornite dal Garante della privacy nel proprio sito (<https://www.garanteprivacy.it/home/doveri>), in particolare ove descrive l'«approccio responsabile al trattamento: *accountability*) e il «principio di responsabilizzazione dei titolari e responsabili del trattamento».

⁹⁵ Art. 9 delle Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici e di ricerca scientifica .

⁹⁶ Un utile esempio è dato da quanto previsto dall'Università di Trento (si consulti la pagina web <https://www.unitn.it/ateneo/64751/privacy-e-ricerca-scientifica>) che nella sezione «privacy e ricerca scientifica» , oltre a richiamare la normativa vigente, prevede una serie di link.

⁹⁷ Si riporta per esteso l'art. 3 «Presupposti dei trattamenti», che prevede:

Il Codice prevede inoltre disposizioni concernenti l'«identificabilità dell'interessato» al trattamento⁹⁸ e i «criteri per la valutazione del rischio di identificazione».

Le ulteriori «Regole deontologiche» che devono essere richiamate ai nostri fini sono quelle relative al «trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse o per scopi di ricerca storica», adottate dal Garante della *privacy* con delibera n. 513/2018.

I destinatari sono i medesimi di cui alle regole deontologiche per scopi scientifici e anche in questo caso, evidentemente, quanto ivi disposto «costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento», con conseguente applicazione di sanzioni in caso di violazione⁹⁹. Le regole non devono comunque «pregiudicare l'indagine, la ricerca, la documentazione e lo studio ovunque svolti, in relazione a figure, fatti e circostanze del passato». È su tali basi che il legislatore intende soddisfare «l'esigenza di contemperare il diritto alla libertà di ricerca storica con altri diritti fondamentali dell'individuo, in ossequio al principio di proporzionalità¹⁰⁰».

Le regole deontologiche intendono garantire i diritti, le libertà fondamentali e la dignità delle persone interessate, con particolare riferimento al diritto alla riservatezza e all'identità personale, in occasione dell'«eser-

1. La ricerca è effettuata sulla base di un progetto redatto conformemente agli standard metodologici del pertinente settore disciplinare, anche al fine di documentare che il trattamento sia effettuato per idonei ed effettivi scopi statistici o scientifici.

2. Il progetto di ricerca di cui al comma 1, inoltre:

a) specifica le misure da adottare nel trattamento di dati personali, al fine di garantire il rispetto delle presenti regole deontologiche, nonché della normativa in materia di protezione dei dati personali;

b) individua gli eventuali responsabili del trattamento;

c) contiene una dichiarazione di impegno a conformarsi alle presenti regole deontologiche. Un'analoga dichiarazione è sottoscritta anche dai soggetti – ricercatori, responsabili e persone autorizzate al trattamento – che fossero coinvolti nel prosieguo della ricerca, e conservata conformemente a quanto previsto al comma 3.

3. Il titolare deposita il progetto presso l'università o ente di ricerca o società scientifica cui afferisce, la quale ne cura la conservazione, in forma riservata (essendo la consultazione del progetto possibile ai soli fini dell'applicazione della normativa in materia di dati personali), per cinque anni dalla conclusione programmata della ricerca.

4. Nel trattamento di dati relativi alla salute, i soggetti coinvolti osservano le regole di riservatezza e di sicurezza cui sono tenuti gli esercenti le professioni sanitarie o regole di riservatezza e sicurezza comparabili.

⁹⁸ Art. 4.

⁹⁹ Di cui al già citato art. 83, paragrafo 5 del regolamento (articoli 2-*quater*, comma 4, e 166, comma 2, del Codice).

¹⁰⁰ Considerando n. 4 del GDPR.

cizio della libera ricerca storica e del diritto allo studio e all'informazione, nonché nell'accesso ad atti e documenti». E per quanto di nostro interesse, sono contemplate regole applicabili agli utenti che raccolgono, utilizzano e diffondono i dati contenuti nei documenti che sono conservati negli «archivi delle pubbliche amministrazioni, enti pubblici ed archivi privati dichiarati di notevole interesse storico»¹⁰¹.

Ai nostri fini interessano tra i destinatari delle regole deontologiche (quelli che vengono definiti) gli «utenti»¹⁰², coloro che accedono o chiedono di accedere a documenti che contengono dati personali detenuti negli archivi «per scopi storici (...), anche per finalità giornalistiche o di pubblicazione occasionale di articoli, saggi e altre manifestazioni del pensiero»¹⁰³. Gli utenti, in base a quanto previsto dalla legge e dai regolamenti, dovranno adottare «le modalità più opportune per favorire il rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità delle persone interessate». L'utilizzo dei dati ricadrà sotto la responsabilità dell'utente, che dovrà rispettare i principi di «pertinenza» e «indispensabilità»¹⁰⁴ e conformare l'uso dei documenti cui avranno accesso secondo quanto specificato nel proprio «progetto di ricerca».

Due sono le ulteriori categorie di regole da considerare.

La prima concerne le modalità di accesso agli archivi pubblici. Accesso che è libero per tutti. Ne è prevista una limitazione per una serie di «documenti di carattere riservato», per cui deve essere trascorso un certo tempo indicato dalla stessa normativa, e comunque vi è la possibilità di essere autorizzati all'accesso, in base a quanto indicato nel progetto di ricerca presentato. In questo caso l'autorizzazione potrebbe contenere anche limitazioni finalizzate a non ledere diritti, libertà e dignità delle persone cui i dati fanno riferimento. Fino a poter prevedere, tra le diverse cautele, che non debbano essere diffusi i nomi delle persone, o possano essere utilizzate le sole iniziali dei nominativi o comunque non possano

¹⁰¹ Art. 1 della citata delibera n. 513/2018 contenente «Regole deontologiche per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse o per scopi di ricerca storica».

¹⁰² «L'altro destinatario è l'archivista», la «persona fisica o giuridica, ente o associazione» che ha la responsabilità di controllare, acquisire, trattare, conservare, restaurare e gestire archivi storici, correnti o di deposito della pubblica amministrazione, archivi privati dichiarati di notevole interesse storico, nonché gli archivi privati

¹⁰³ *Idem*, art. 2, lett. b).

¹⁰⁴ Di cui all'art. 101, comma 2, del Codice della *privacy*, in particolare in considerazione dello scopo stesso del trattamento; eguale presupposto vale per la diffusione degli stessi dati.

essere indicati «fatti o circostanze che possono rendere facilmente individuabili gli interessati»¹⁰⁵.

La seconda tematica che interessa è quella relativa alla «diffusione» dei dati. È qui importante segnalare come si faccia riferimento all'«interpretazione» che ne dà l'utente, che «rientra nella sfera della libertà di parola e di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantite». È evidente come in questo caso tale espressione ricomprenda l'attività di ricerca, quindi anche quella del ricercatore universitario. Permane il dovere di rispettare il diritto alla riservatezza, l'identità personale, la dignità degli interessati¹⁰⁶. Tali limiti sono in realtà di carattere generale. Interessano quindi la diffusione *lato sensu*. Operano sia quando i documenti siano liberamente accessibili, sia quando ne sia limitato l'accesso, e interessano lo storico così come ogni altro ricercatore¹⁰⁷.

3.3. Attività di ricerca e stato giuridico dei professori e ricercatori universitari tra doveri e diritti

Questo contributo presuppone l'obiettivo di far luce sul 'particolare'. Ma per far ciò lo studioso deve poter porre al centro del suo ragionamento l'intento di acquisire ogni elemento necessario per conseguire dapprima dal punto di vista teorico, quindi concretamente, gli elementi necessari al bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati. Si ritiene che ci si debba soffermare anche sullo stato giuridico dei professori e dei ricercatori universitari. Per questo occorre partire dal regime di diritto pubblico del rapporto di lavoro dei professori e ricercatori universitari, disciplinato da leggi speciali di diritto pubblico. Quindi dai doveri e diritti, da inquadrarsi, pur sinteticamente, dal punto di vista costituzionale, considerando inoltre la normativa statale e universitaria.

La specialità del regime cui è sottoposto il docente universitario risponde all'esigenza di dare corretta attuazione agli specifici riferimenti costituzionali, che pongono tale categoria di dipendenti pubblici in una diversa posizione rispetto ad altri, in considerazione delle norme che ne

¹⁰⁵ Art. 10 Del. n. 513/2018.

¹⁰⁶ *Idem*, art. 11. Si fa ivi inoltre riferimento: alle regole da doversi rispettare nel caso in cui si faccia riferimento allo stato di salute, alle abitudini sessuali di persone identificate o identificabili; alle «persone note o che abbiano esercitato funzioni pubbliche», la cui sfera privata dovrà «essere rispettata nel caso in cui le notizie o i dati non abbiano alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica».

¹⁰⁷ Sul punto si veda G.M. UDA, *Il trattamento dei dati personali*, cit., 566-567.

tutelano l'indipendenza, proprio in attuazione delle libertà di ricerca e insegnamento sancite dall'articolo 33 della Costituzione. Ma anche in considerazione degli articoli 97 e 98 della Costituzione. Quindi con riferimento al principio di imparzialità, espressamente sancito, che rafforza la posizione e le caratteristiche del lavoro dell'universitario che opera al «servizio esclusivo della Nazione», *rectius* della scienza¹⁰⁸ – pur dovendosi considerare i diversi regimi in cui potrà operare, a tempo definito o pieno, e in quest'ultimo caso dovendosi tener conto della possibilità di svolgere una serie di attività che dovranno essere eventualmente comunicate o autorizzate dal proprio ateneo.

Rispetto al metodo scientifico che deve ispirare il lavoro del ricercatore, è necessario richiamare il dovere che su di esso ricade di agire secondo «disciplina e onore», in base a quanto stabilito genericamente dall'articolo 54, comma 2, della Costituzione. Per la parte che rileva ai nostri fini, significa anche esercitare la libertà di ricerca nel rispetto dei limiti tracciati dall'ordinamento a tutela della personalità altrui. Quindi, muovendo ancora nel solco della Carta costituzionale, occorre altresì considerare la responsabilità così come sancita dall'articolo 28 della Costituzione, ai sensi del quale: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»¹⁰⁹.

Siamo quindi in presenza di implicazioni non esclusivamente rilevabili sul piano pubblicistico, ma, in ragione del concreto esercizio della libertà (...) rilevanti anche sotto il profilo privatistico¹¹⁰; ciò in considerazione della tutela costituzionale dei diritti della personalità che si controbilanciano con l'esercizio della libertà di ricerca. Aspetti che condividono lo stesso confine, con tutte le difficoltà applicative che ciò può significare. Anche perché, e questo è un ulteriore fronte argomentativo che andrà considerato, occorre riflettere sul ruolo dell'istituzione universitaria in termini di protezione della «libertà accademica dei suoi componenti a fronte dei tentativi di impedire loro di svolgere serenamente le loro attività», evidentemente quando esercitata nel rispetto delle regole del «serio lavoro scientifico»¹¹¹.

¹⁰⁸ Il percorso argomentativo è ripreso dal recente contributo già richiamato da B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., p. 41 ss.

¹⁰⁹ Per un commento si veda M. BENVENUTI, *Sub art. 28*, in *Leggi d'Italia*.

¹¹⁰ A. MANTELERO, *Tutela dell'altrui onore*, cit., p. 575.

¹¹¹ Cfr. B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., p. 75.

La «disciplina e l'onore» devono essere declinati con specifico riferimento ai professori e ricercatori universitari. Anche se ciò è estensibile ad altre categorie di ricercatori. Si pensi, a titolo di esempio, a quelli del Consiglio Nazionale delle Ricerche¹¹².

Il quadro costituzionale di principio è il riferimento recente di una qualificazione non solo giuridica ma sociale e professionale ben più risalente, che vede il professore universitario libero pensatore, rigoroso nel metodo (appunto) scientifico, e qualificata la sua manifestazione del pensiero per ciò che essa presuppone. E in questo significato stretto è il legame tra singolo professore e accademia o ateneo di appartenenza, in quanto il prestigio e la credibilità che deriverebbero dallo *status* di professore universitario possono causare, in caso di violazione dei doveri, una lesione del prestigio e dell'immagine della stessa università e della comunità accademica tutta. Si richiede all'universitario, quindi, che il proprio comportamento sia corretto, e, in un'accezione più ampia, si ispiri all'«autocontrollo e a una qual certa morigeratezza in tutte le sue manifestazioni pubbliche, che le stesse siano direttamente o indirettamente correlate alle attività istituzionali». In termini sanzionatori, e specificamente al tema che in questa sede si tratta, deve essere considerato «l'abuso della libertà accademica (un tempo detto peccato di “*vana gloria*”»)», che può concretizzarsi, ad esempio, negli «scritti o nelle occasioni di dibattito pubblico» in cui quanto si dichiara sia «propagandistico» o non abbia «carattere scientifico», non richiamando fatti veri o non mettendo a confronto diverse posizioni scientifiche¹¹³.

Il discorso può trovare un'utile trasposizione considerando i profili disciplinari, con le sue diverse fonti normative di riferimento, in questo modo potendosene cogliere i profili relativi ai doveri oltre che ai diritti. Ciò in quanto, al di là dell'eventuale configurazione di profili penalistici o civilistici, il mancato rispetto di regole che richiedono l'applicazione del metodo scientifico determinerebbe, come osservato, la violazione di una regola di condotta, i cui profili disciplinari sono valutabili «solo»

¹¹² Che, tra l'altro, fornisce un contributo fondamentale, in particolare attraverso la *Carte dei principi per la ricerca nelle scienze sociali e umane e codici di condotta* (visionabile in <https://www.cnr.it/it/documenti-commissione>), e, di portata più ampia, con le *Linee guida per l'integrità nella ricerca*, revisionata nel 2019. Per un commento cfr. C. SECCHI, *Presentazione della carta dei principi per la ricerca nelle scienze sociali e umane in the Future of Science and Ethics*, Volume 2, n. 1, giugno 2017, <https://scienceandethics.fondazioneveronesi.it>).

¹¹³ Ivi, 72.

dai «pari»¹¹⁴. Probabilmente, in considerazione di quanto sinora esposto circa il rapporto tra attività di ricerca e terza missione, lo strumento che potrebbe essere maggiormente idoneo è il «Codice etico», nella “nuova veste” che gli è stata attribuita dal legislatore nel 2010 con la legge n. 240, che obbliga le università ad adottarlo. In esso devono essere: determinati «i valori fondamentali della comunità universitaria», promossi «il riconoscimento e il rispetto dei diritti individuali, nonché l'accettazione di doveri e responsabilità nei confronti dell'istituzione di appartenenza»; dettate «le regole di condotta nell'ambito della comunità».

Il Codice etico oggi prevede un regime sanzionatorio e contiene obblighi giuridici¹¹⁵; ha la funzione di incidere sui comportamenti individuali attraverso un sistema puntuale che deve avere contenuto valoriale e incidere sull'attività del ricercatore, sul rispetto di quei canoni scientifici che si assumono quali determinanti nell'esercizio della libertà di ricerca e nelle attività di terza missione. Così tra i codici etici ritroviamo disposizioni normative in cui si specifica che «gli appartenenti alla comunità universitaria sono responsabili della qualità e della trasparenza della propria attività scientifica e di ricerca, nel rispetto dei più elevati standard etici relativi a metodologie, diffusione e utilizzo dei risultati»¹¹⁶.

Sono previsti dunque obblighi cui sono tenuti i professori e ricercatori universitari nell'esercizio della ricerca, quindi anche di natura etica e deontologica. A fronte di questo rapporto che intercorre con l'università, con le sue regole oltre che con quelle statali, ci si soffermerà sulla tutelabilità della posizione dei docenti, ad esempio a fronte di azioni, anche di carattere giudiziario, contro di loro intraprese proprio in considerazione dei risultati dell'attività di ricerca o di terza missione¹¹⁷.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Per una ricostruzione del quadro normativo relativo alla disciplina e agli aspetti sostanziali concernenti il regime disciplinare delle università si rinvia a L. FERLUGA, *I doveri dei professori e ricercatori universitari e il regime delle sanzioni tra norme disciplinari e codici etici* in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (II), fasc. 3-4, 1 agosto 2016, p. 457 ss. Si veda anche B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 97 ss. e V.P. POZZANI, *I confini dello stato giuridico dei professori universitari*, in *Foro amm.* CDS 2011, 11, 3517.

¹¹⁶ Il riferimento è al Codice etico e del comportamento dell'Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna che all'articolo 6 disciplina la «qualità e trasparenza nell'attività scientifica».

¹¹⁷ *Infra* § 6.

4. *Per un concreto bilanciamento tra tutela della reputazione e attività di ricerca: la casistica giurisprudenziale*

Un'ulteriore riflessione deve partire dalla premessa secondo cui l'attività di ricerca svolta dal singolo ricercatore sia elemento di una partita articolata e complessa in cui sono messi in gioco il concreto esercizio della libertà e la tutela della reputazione dell'individuo che può essere oggetto della trattazione. Seppur l'analisi giuridica potrebbe legittimamente limitarsi all'analisi delle espressioni *stricto sensu* che del pensiero danno effettiva concretezza e confrontarle con le disposizioni legislative nelle loro interpretazioni giurisprudenziali, occorre anche provare a oltrepassare questi confini guardando ai diversi punti di vista. Per quanto il giurista sia potenzialmente dotato di strumenti per ricondurre a sistema le problematiche insite e sottese alla mera manifestazione del pensiero oggetto di giudizio, o alla critica scientifica, non si può non considerare il punto di vista dello studioso delle altre scienze su menzionate. Il metodo stesso e le considerazioni critiche che si fanno delle fonti alle quali si attinge possono, in alcuni casi devono, essere determinanti per chi, come il magistrato, è chiamato a giudicare, o per lo studioso del diritto a riflettere criticamente. In questo senso, come meglio si dirà sviluppando il ragionamento a partire dal dato giudiziario, gli storici riconoscono il «fondamentale» «contributo del giurista» nel dibattito sull'uso delle fonti orali, così quando contribuisce alla redazione dei documenti di autogolamentazione¹¹⁸ di cui si dotano scienziati, ad esempio gli storici attraverso le proprie associazioni professionali; onde fugare il rischio che «le norme rilevanti per il lavoro degli storici», così quelle «orali», «finitiscano con l'essere dettate da soggetti esterni, siano essi» (appunto) «un magistrato chiamato a giudicare in un processo» o «un comitato etico di ateneo impegnato a minimizzare i rischi di contraccolpi legali o di immagine a carico della propria università»¹¹⁹.

Tali argomentazioni ci portano a riflettere su di un'ulteriore criticità da affrontare da un punto di vista giudiziario: il rapporto tra fonti e ricerca. Continuando a richiamare quale esempio il campo di ricerca della criminalità organizzata o quello della *maladministration*, la fonte principale

¹¹⁸ Anche se in questo caso, come si dirà, il termine appare ultroneo rispetto alla realtà dei fatti.

¹¹⁹ Cfr. B. BONOMO, A. CASELLATO, R. GARRUCCIO, «Maneggiare con cura». *Un rapporto sulla redazione della Buone pratiche per la storia orale*, in *Il mestiere di storico*, VIII/2, 2016, 15.

cui si attingono informazioni è quella giudiziaria (es. sentenze, ordinanze) o investigativa (es. le informative); e anche, allorché i ricercatori siano stati capaci di costruire rapporti privilegiati, quella dei cosiddetti «testimoni qualificati» (in particolare i magistrati e investigatori)¹²⁰. Restando a quelle ufficiali, come di seguito si osserva, la giurisprudenza pone in particolare considerazione le elaborazioni in cui espressamente e/o puntualmente le narrazioni riproducono tali fonti, e gli stessi autori delle ricerche utilizzano spesso formulazioni linguistiche che specificano le modalità d'uso delle fonti (cosiddette 'avvertenze')¹²¹. Mentre differente è la lettura che viene fatta dall'uso di fonti altre, come si dirà.

¹²⁰ Sul punto si consiglia la lettura di A. IANNELLO, A. VESCO, *Tra repressione e conoscenza. La ricerca sul fenomeno mafioso e il problema politico del rapporto con le fonti in Università critica. Liberi di pensare, liberi di ricercare, General intellect* (a cura di), edizioni "Il lavoro culturale", 2017, 105-118.

¹²¹ A titolo di esempio si riportano quelle utilizzate da due autorevoli magistrati G. PIGNATONE, M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Bari-Roma 2019, XIV: «Avvertenza. Nelle pagine che seguono saranno citate persone coinvolte in indagini e processi recenti e meno recenti. Per tutte le persone citate, ad eccezione di quelle indicate come condannate in via definitiva, vale la presunzione di non colpevolezza. Quest'avvertenza è quanto mai opportuna per i fatti più recenti. I nomi citati sono tratti da atti ufficiali delle forze di polizia e della magistratura non più coperti da segreto».

Ancora più argomentate e prudenti sono le avvertenze che ritroviamo in una pubblicazione della Regione Emilia Romagna, *Quaderni di città sicure*, novembre/dicembre 2015, visionabile sul web, autore E. CICONTE, che si riporta per esteso: «Nelle pagine che seguono compariranno nomi di persone coinvolte nelle inchieste recenti o in quelle degli anni scorsi. Per tutte coloro che sono citate, tranne che per quelle che sono indicate come condannate in via definitiva, vale la presunzione d'innocenza, bene costituzionalmente garantito. Aggiungo qui una cosa già detta altre volte: si dovrebbe anteporre al nome di ciascuno il termine "presunto", e declinare il relativo verbo al condizionale; ma un testo scritto in tal modo diventerebbe illeggibile, ed è solo per questo dato tecnico che è stata fatta la scelta di scrivere all'indicativo. Ciò non toglie che il lettore nella sua mente debba anteporre "presunto" a tutti i nomi di persone non condannate in via definitiva, e declinare i verbi al condizionale. I nomi citati sono quelli di persone che compaiono in atti ufficiali delle forze dell'ordine e della magistratura o in cronache dei giornali, e sono qui riportati al solo fine di ricostruire un quadro storico, non certo perché le persone nominate siano da considerarsi con certezza colpevoli dei reati loro contestati. Non è detto che gli indagati o gli imputati risulteranno colpevoli. Per adesso lo sono solo per la pubblica accusa o per alcuni, solo per la condanna in primo grado. Quest'avvertenza è quanto mai opportuna per i fatti più recenti. È bene dire subito, senza che occorra ripeterlo ogni volta, che tutte le persone coinvolte hanno negato l'addebito di responsabilità a loro carico – salvo chi si è avvalso della facoltà di non rispondere o chi ha deciso di collaborare con la giustizia. Tutti gli altri hanno dato una versione radicalmente diversa da quella prospettata dai pubblici ministeri. Ai fini del presente lavoro, non interessa la vicenda giudiziaria dei singoli personaggi; interessa comprendere le relazioni intrattenute tra poteri, quello politico o economico e quello mafioso, conoscerne l'origine storica e lo svolgimento in un arco temporale molto lungo».

In questa sede, pur affrontando il discorso in chiave generale, quindi di principio e di astratta determinazione dei criteri utilizzati e utilizzabili per bilanciare gli interessi costituzionali in gioco, si dà particolare risalto alla lettura delle sentenze. Lo scopo vuole essere quello, si dirà prudentziale, di tracciare alcuni chiari limiti, che potranno essere (o essere stati) più o meno condivisi dal punto di vista teorico, ma che, alla luce della giurisprudenza, possano considerarsi quali effettivi 'paletti', più di recente fissati, entro i quali la critica scientifica, la libertà della scienza debbano muoversi per ridurre il rischio di coinvolgimento in procedimenti penali e in cause civili, e non potendosi del tutto ciò prevenire, diminuire il più possibile quello di vedersi condannati per il delitto di diffamazione.

In tale ambito si decide di dare risalto, ove ricorrano, agli studi sulla criminalità organizzata – sempre più oggetto di approfondimento scientifico da parte dell'accademia –, ove, in *re ipsa*, in considerazione della frequente puntuale indicazione dei nomi delle persone che avrebbero commesso delitti di mafia, elevato è il rischio, come attesta la giurisprudenza che si richiama, di essere incriminati per diffamazione. Anche perché, come può osservarsi in chiave generale, l'esercizio della critica scientifica contiene *in nuce* la possibilità di pervenire alla formulazione di giudizi sulle persone in quanto autori di comportamenti che possono rientrare nell'ambito di fatti che si analizzano attraverso o nell'ambito di un'attività di ricerca che muove tipicamente attraverso «interpretazioni e teorie»¹²².

La giurisprudenza di cui si tiene conto è sia quella domestica che europea.

Gli aspetti centrali su cui ci si sofferma sono i seguenti. Il primo concerne gli elementi comprovanti l'illiceità o meno della pubblicazione scientifica con specifico riferimento: alla metodologia utilizzata in sede di ricerca; alla scelta delle parole descrittive dei fatti e della ricostruzione dei giudizi da parte dell'autore; al mancato, insufficiente o inadeguato uso delle 'avvertenze' o delle formule a tutela della persona (es. nelle sentenze non definitive di condanna).

Il secondo concerne la terminologia e i concetti descrittivi della ricerca storico-sociale utilizzati per descrivere il fatto e motivare le sentenze.

Il terzo è di ordine più pratico, teso all'estrapolazione di criteri e indicazioni che consentano di fornire alcuni elementi, che, senza alcuna pretesa di completezza, siano in grado di fornire indicazioni al ricercatore sociale.

¹²² Sul punto si veda A. MANTELERO, *Tutela dell'altrui onore*, cit., 575.

È opportuno innanzitutto considerare le disposizioni di riferimento e *in primis* l'articolo 595 c.p., ai sensi del quale «chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente» – l'ingiuria, oggi abrogato¹²³ – comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa¹²⁴. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa¹²⁵.

Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità» ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516.

Infine, «se l'offesa è recata a un corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate».

È il terzo comma a rilevare per il tema oggetto di trattazione, interessando per i nostri fini la pubblicazione nei termini di cui si è in precedenza scritto. Dovendosi altresì considerare l'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 che prevede un trattamento sanzionatorio aggravato nel caso in cui il reato sia stato commesso con il mezzo della stampa e contestualmente sia stato attribuito un fatto determinato. Sul punto si veda C. Cass. Sez. V, 5 aprile 2000, n. 5941; l'art. 13 «Pene per la diffamazione» dispone: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa ...».

Ulteriore disposizione del codice penale da richiamare è quella di cui all'art. 51 c.p., in particolare il comma 1, in cui è disposto che «l'esercizio di un diritto (...) esclude la punibilità». Trattasi di una scriminante da applicarsi in sede di bilanciamento di interessi allorquando l'ordinamento preveda che un medesimo fatto sia oggetto di norme che ne qualificano

¹²³ Non ci sofferma in questa sede sugli effetti dell'abrogazione dell'articolo *de quo*, disposta ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. c), decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7, a decorrere dal 6 febbraio 2016. Vedi, anche, l'art. 4, commi 1, lett. a), 2, 3 e 4, lett. f), del medesimo decreto legislativo. Per un commento si veda *Sub art. 594 c.p. in Leggi d'Italia*.

¹²⁴ Al reato previsto in questo comma si applica la pena pecuniaria della multa da euro 258 a euro 2.582 o la pena della permanenza domiciliare da sei giorni a trenta giorni o la pena del lavoro di pubblica utilità da dieci giorni a tre mesi, secondo quanto disposto dall'articolo 52, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

¹²⁵ Al reato previsto in questo comma si applica la pena pecuniaria della multa da euro 258 a euro 2.582 o la pena della permanenza domiciliare da sei giorni a trenta giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da dieci giorni a tre mesi, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 52, comma 2, lettera a), d. lgs. n. 274/2000.

la liceità e l'incriminabilità. O, secondo un'altra prospettiva, riferendosi al richiamo del principio di non contraddizione dettato dall'ordinamento giuridico, allo scopo di evitare che insistano sullo stesso fatto l'esercizio di un diritto e la punibilità¹²⁶.

Degli articoli 595 e 51 del codice penale, riferimenti necessari per provare a definire i limiti della ricerca scientifica, si deve tener conto in modo approfondito, ma cercando appunto di trarre in modo schematico gli aspetti critici e delle linee guida che siano sufficienti al ricercatore per muovere nel pieno rispetto della legalità.

4.1. Ricostruzioni storiche, dovere di attualizzazione (aggiornamento e integrazione) delle posizioni personali e completezza delle fonti

Un primo caso utilmente richiamabile ha ad oggetto la pubblicazione di una ricerca che ha la forma di un volume, commissionato da un ente pubblico¹²⁷, in cui si ricostruisce la presenza della criminalità organizzata di tipo mafioso in un determinato territorio.

La Corte di cassazione, Sez. I, sentenza 2 aprile 2015, n. 13941, si pronuncia su una vicenda che vedeva riportata la posizione del ricorrente, la persona offesa, in modo incompleto secondo la difesa, configurandone l'appartenenza a un importante sodalizio mafioso; non tenendosi invece conto dell'esito dei singoli gradi di giudizio e/o delle singole indagini che avrebbero condotto in parte all'assoluzione.

Per fare chiarezza sugli interessi costituzionalmente tutelati la Corte evidenzia le differenze tra esercizio del diritto di cronaca e ricostruzione storica (che caratterizza il contributo oggetto di giudizio) al fine dell'applicabilità della scriminante *ex art. 51 c.p.* Si afferma che quando il contributo sia assimilabile al «concetto di cronaca» sarebbe accettabile «un qualche sacrificio dell'accuratezza della verifica sulla (...) verità e (...) bontà della fonte». A ragione di ciò vi sarebbe l'«interesse pubblico» di riportare la notizia nella sua immediatezza e tempestività, che, osserviamo, risponde a una di quelle regole ricomprese nel cosiddetto decalogo dei giornalisti, su cui la Suprema Corte ebbe a scrivere negli anni '80 e che viene sovente richiamato¹²⁸, mentre oggi un necessario

¹²⁶ Non è questa la sede per addentrarsi nel dibattito dottrinale sul metodo o il principio da considerare, per il quale si rinvia *Sub art. 51 c.p. in Leggi d'Italia*.

¹²⁷ Si tratta di una Regione.

¹²⁸ Il riferimento è alla sentenza della Cassazione civile, I sezione, 18 ottobre 1984, n. 5259 in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 762 ss. con *ivi* nota a sentenza di C. TENELLA-SILLANI. È af-

riferimento è il Testo unico dei doveri del giornalista approvato dal Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti il 27 gennaio 2016¹²⁹. Diversamente, come già stabilito in precedenti sentenze, l'applicazione della scriminante alle dichiarazioni altrimenti diffamatorie in caso di ricostruzioni storiche è tale solo ove venga adottato un criterio di completezza nella verifica e nel richiamo delle fonti di specifico interesse per la descrizione della posizione della persona richiamata. Altrimenti ritenendo, la riproposizione in tempi distanti dagli eventi finirebbe per non giustificare «la violazione di quell'aspetto della dignità-riservatezza che è definito diritto all'oblio»¹³⁰. Ciò in quanto, in termini di tutela di diritti, «ogni individuo coinvolto in indagini di natura penale, è titolare di un interesse primario a che, caduta ogni ragione di sospetto, la propria immagine non resti offesa da notizie di stampa che riferiscano dell'iniziale coinvolgimento ed ignorino, invece, l'esito positivo delle indagini stesse». L'argomentazione sposta quindi l'osservazione sul diritto di cronaca, quando specificamente esercitato successivamente all'immediatezza della notizia, quindi con una narrazione giornalistica non tempestiva. Richiamandosi a un precedente arresto del 2008¹³¹, riferendosi agli obblighi in capo al giornalista, la Corte dichiara che sussiste la necessità di «completare» e «aggiornare» la notizia sia attraverso la verifica della fonte informativa originaria sia di altre comunque disponibili. Solo in questo modo può essere garantito l'interesse dell'individuo oggetto di indagini di natura penale, la cui immagine deve essere tutelata in considerazione dell'eventuale «esito positivo».

fermato (764-765) che «come ormai la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto occasione di precisare, sia in sede civile che penale, il diritto di stampa (cioè la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti), sancito in linea di principio nell'art. 21 della Costituzione e regolato fondamentalmente nella legge 8 febbraio 1948, n. 47, è legittimo quando concorrano le seguenti tre condizioni:

1. utilità sociale dell'informazione;
2. verità (oggettiva o anche soltanto putativa purché, in quest'ultimo caso, frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti;
3. forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione: cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità di cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti».

¹²⁹ Recuperabile al link <https://www.odg.it/testo-unico-dei-doveri-del-giornalista/24288>.

¹³⁰ E su cui ci si sofferma di seguito (*infra* § 4.5) a commento della recentissima sentenza della Cassazione civ., Sezioni Unite, 4 giugno 2019, n. 19681.

¹³¹ C. Cass., Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 14062.

Mutatis mutandis, rispetto al contributo che la Corte definisce di «ricostruzione storica», con la sentenza del 2015 annulla la sentenza di assoluzione appellata in quanto non avrebbe fornito risposte puntuali alle doglianze attinenti talune dichiarazioni ritenute diffamatorie (es. nel dichiarare mafioso il ricorrente) e al mancato riferimento alle corrispondenti fonti di informazione; non sarebbero inoltre stati considerati gli ulteriori sviluppi avutisi in sede giudiziaria né le pendenze di giudizio note al momento della pubblicazione.

Da tale pronuncia possono trarsi alcune considerazioni in ordine alle precauzioni che il ricercatore dovrà prestare (al ricorrere delle condizioni su esposte) a prescindere se trattasi di uno storico o studioso di altre scienze. Come si avrà modo di osservare, l'indicazione di principio su cui si basa l'applicazione della scriminante e la necessaria attualizzazione delle notizie attraverso l'accesso alle relative fonti impatta con una serie di limiti sostanziali d'accesso alle notizie. Per esempio, la tutela dei dati personali contenuti in fonti giudiziarie, o l'impossibilità di avere accesso contestuale alla giurisprudenza dei diversi gradi di giudizio di merito sull'intero territorio in cui un provvedimento giudiziario potrebbe essere pronunciato. Di ciò il magistrato dovrebbe tener conto nella specificità del *petitum*, ed eventuali condizioni di tal tipo dovranno essere rappresentate in giudizio dal ricercatore.

Di quanto affermato in questa pronuncia si è tenuto specificamente conto in quanto avente a oggetto un volume che contiene una ricerca. Ma a questa pronuncia, il cui esito e relativa motivazione ci permettono di tracciare alcuni importanti punti fermi, deve essere affiancata da un'ulteriore fondamentale e recentissima sentenza delle sezioni unite della Cassazione civile (22 luglio 2019, n. 19681)¹³², sentitamente voluta per l'esigenza di avere contezza, (si direbbe) una volta per tutte, dei criteri da utilizzare nel caso in cui si riprendano informazioni non più attuali ma riportate all'attenzione del pubblico per esigenze di carattere storico. Con questo impattando con il diritto all'oblio, alla luce del mutamento del quadro normativo (in particolare in tema di tutela dei dati personali a seguito dell'entrata in vigore del GDPR e del Codice della *privacy*, così come modificato)¹³³ e della ricca giurisprudenza domestica ed europea in materia.

¹³² *Amplius infra* § 4.5.

¹³³ *Supra* § 4.2

4.2. *Considerazioni sull'uso nella giurisprudenza dei termini descrittivi della tipologia di contributo e qualificazione dell'autore: la «critica storica» e la tutela del ricercatore*

Un altro aspetto che si ritiene dover estrapolare dalla giurisprudenza, direttamente ricollegabile a quello appena osservato, concerne l'uso dei termini utilizzati per la classificazione del prodotto o contributo (sia esso un articolo scientifico, un libro o altro) in relazione alla specifica qualificazione disciplinare e alla metodologia utilizzata. Se osserviamo i contributi dal punto di vista strettamente accademico-scientifico, vi è una differenza sostanziale tra la metodologia e i prodotti degli storici, dei sociologici o degli antropologi. E ciò può valere anche per altre discipline, che, come si è anticipato, *prima facie* potrebbero apparire non interessate, però allorquando osservate empiricamente potrebbero essere rilevanti dal punto di vista giuridico, in quanto i corrispondenti prodotti sono concretamente in grado di essere sottoposti al vaglio giudiziario per diffamazione. Si pensi ad alcune scienze economiche, così l'organizzazione aziendale, che nei casi in cui prevedano l'uso di talune metodologie d'indagine, quali ad esempio i cosiddetti casi-studio, possano prevedere l'indicazione di nomi di persone.

Occorre capire se tali classificazioni fornite in considerazione delle differenti discipline abbiano, o possano avere rilevanza dal punto di vista giuridico: in chiave generale nel bilanciamento costituzionale di interessi (libertà di ricerca o di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione), in ambito penalistico – quindi ai fini dell'applicazione o meno dell'esimente *ex* articolo 51 c.p. al delitto di diffamazione *ex* articolo 595 – o civilistico.

A tal fine può essere utile ripercorrere alcune sentenze, per poi condurre una riflessione di carattere generale che consenta di evidenziare talune criticità.

La prima sentenza da prendere in considerazione è quella, citata, della Corte di cassazione, Sez. I, n. 13941/2015, che permette di portare alla luce un uso se non approssimativo almeno generico di termini che hanno diversa rilevanza dal punto di vista strettamente scientifico e disciplinare. In questo caso, la sentenza di Corte di appello appellata, nei passaggi riportati dalla Cassazione, descrive un testo come un «libro» che è il risultato di un lavoro commissionato da una regione e, più specificamente, uno «studio» o uno «studio storico» del «rischio di infiltrazioni mafiose sul territorio» «sotto il profilo *storico e sociologico*, fondato sulla lettura

di fonti giudiziarie, parlamentari e giornalistiche». La Cassazione afferma che il discorso (sviluppato nel testo sottoposto a giudizio) sarebbe storico «perlomeno nel senso suo proprio di connessione, ricomposizione e interpretazione, di dati d'archivio». Vengono inoltre utilizzate ulteriori espressioni, tra queste: la «ricostruzione storica» e il «resoconto storico».

Sull'uso delle varie declinazioni del termine storico occorre soffermarsi. Così come sulla descrizione del metodo, o dei metodi. *Prima facie* non è conciliabile per lo studioso un generico giudizio come formulato da questa giurisprudenza. Le metodologie, infatti, sono il presupposto stesso delle scienze, il rispetto (la corretta applicazione) delle quali determina, anche dal punto di vista giuridico, la differenza tra la conoscenza scientifica e quella di senso comune. Oltre a essere la piattaforma sulla base della quale si costruisce il confronto dei risultati scientifici, quindi del progresso scientifico. Questi aspetti sono un necessario presupposto da considerare, non per mera astrazione e speculazione ma in considerazione dell'impatto che possono avere in sede giudiziaria.

Occorre innanzitutto soffermarsi sull'uso congiunto, a volte indistinto, tra i termini «storico» e «sociologico». Quando in realtà saremmo in presenza di discipline profondamente diverse. *In primis* da un punto di vista formale, quindi in considerazione della classificazione normativa. I due termini hanno, infatti, una portata generale, in quanto, come dispone il decreto ministeriale 4 ottobre 2000, numerosi sono i settori scientifico-disciplinari ricollegabili alla «storia» (ad esempio la storia contemporanea o quella delle religioni)¹³⁴ o alla «sociologia» (ad esempio la «sociologia dell'ambiente e del territorio», quella «giuridica, della devianza e mutamento sociale»¹³⁵). Differenze che sono anche sostanziali.

La «storiografia», inoltre, può essere definita come «scienza e pratica dello scrivere opere relative a eventi storici del passato, in quanto si possano riconoscere in essa un'indagine critica e dei principi metodologici», e come «il complesso delle opere storiche scritte in un determinato periodo o relative a un determinato argomento o basate su un determinato metodo»¹³⁶. Con il termine «storia» si può intendere «il complesso delle

¹³⁴ Per limitarci solo ad alcune ricomprese nell'area 11 «Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche».

¹³⁵ Ricomprese nell'«Area 14 – Scienze politiche e sociali» con la «sociologia generale», «dei processi culturali e comunicativi», «dei processi economici e del lavoro» e «dei fenomeni politici».

¹³⁶ Enciclopedia Treccani, *ad vocem*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/storiografia>.

azioni umane nel corso del tempo, nel senso sia degli eventi politici sia dei costumi e delle istituzioni in cui esse si sono organizzate. Modernamente, anche tutto ciò che le condiziona e ciò che esse coinvolgono (fatti geografici ed ecologici, fatti demografici, presupposti antropologici e sociologici, fatti economici)»¹³⁷. Dal punto di vista scientifico-disciplinare, rispetto alla domanda generale che in questa sede ci poniamo, di indagare le pubblicazioni e il loro eventuale impatto sulla tutela della personalità, storia e storiografia possono essere ricondotte a unità.

La sociologia, infine, può essere definita la «scienza che ha per oggetto i fenomeni sociali indagati nelle loro cause, manifestazioni ed effetti, nei loro rapporti reciproci e in riferimento ad altri avvenimenti»¹³⁸.

Se poniamo a confronto la storia (nella sua accezione più ampia) e la sociologia per comprenderne differenze e punti di incontro, viene osservato¹³⁹ come: «la prima sarebbe orientata a spiegare la singolarità dei fatti, la loro unicità e irripetibilità»; la seconda è interessata «a ciò che è ricorrente, alle uniformità al, come direbbero i matematici, “denominatore comune”». Gli storici «preferiscono studiare fatti unici, mentre per gli scienziati sociali i singoli fatti sono “casi” che appartengono a una categoria di casi per certi versi analoghi»¹⁴⁰.

Il ricercatore sociale, però, «ha poche evidenze empiriche che si impongono naturalmente alla sua attenzione, (...) sceglie i suoi indizi, li costruisce e li legge e rilegge a seconda delle domande che si pone. Tutte le scelte compiute, a partire dalla definizione del proprio oggetto di studio, vanno argomentate nelle conclusioni seguendo il procedimento scientifico che attribuisce fondamento e valore alla ricerca»¹⁴¹.

Le differenze tra storia e sociologia non sono però così nette in quanto «studiano la stessa realtà, gli stessi fatti, sia pure da angolature spesso, ma non sempre, diverse», con non pochi «punti di incontro»¹⁴².

La questione va a questo punto ricondotta a una lettura strettamente giuridica, per comprendere se vi siano delle differenze dal punto di vista dell'esercizio dell'attività di ricerca.

¹³⁷ Enciclopedia Treccani, *ad vocem*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/storia/>.

¹³⁸ Enciclopedia Treccani, *ad vocem*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/sociologia/>.

¹³⁹ Riprendendo due filosofi tedeschi della fine dell'800 che hanno approfondito l'epistemologia delle scienze umane (Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert).

¹⁴⁰ Così A. CAVALLI, *Introduzione alla sociologia* in federica.eu, corso *on line* gratuitamente accessibile, lezione 1, slide 7.

¹⁴¹ Cfr. E. AMATURO, *Società: metodi di ricerca* in federica.eu, corso *on line* gratuitamente accessibile, lezione 1.

¹⁴² Così A. CAVALLI, *op. ult. cit.*, 7.

Prima facie, l'aspetto che rileva è la ricostruzione storica, o i riferimenti in termini storici, quindi ricostruttivi delle vicende su cui si fonda la narrazione dei fatti di interesse dello studioso nella prospettiva diacronica. Ci si domanda, quindi, se possa desumersi l'irrelevanza della disciplina scientifica alla quale è ricollegabile un prodotto scientifico o la qualificazione accademica dello studioso. Nel primo caso, ad esempio, se il lavoro sia frutto di una determinata metodologia (es. sociologica) o sia stato pubblicato in una rivista con specifica classificazione (es. storica, antropologica o di organizzazione aziendale). Nel secondo, se lo studioso sia un accademico, pertanto formalmente appartenente a determinati settori scientifico-disciplinari o concorsuali stabiliti dall'ordinamento statale.

Un primo riferimento utile è alla sentenza 11 maggio 2005, n. 34821 della Sez. V della Cassazione penale. È in questo caso posta in sequenza argomentativa la definizione di ricerca dello storico e «il potere del giudice».

Quest'ultimo dovrebbe limitarsi alla sola qualificazione dell'«opera» in quanto (e se) «storica». Riteniamo che ciò meriti una specifica considerazione, anche per gli effetti che potrebbe comportare sul piano concreto delle elaborazioni scientifiche, che pur diversamente classificabili in relazione al settore scientifico disciplinare dell'autore dell'opera, potrebbero comunque essere valutabili dal punto di vista giuridico quali storiche.

La Suprema Corte qualifica l'«opera di critica storica» come quella che presuppone un «metodo scientifico d'indagine», una raccolta esaustiva del «materiale utilizzabile», «lo studio delle fonti» cui si è attinto, la «correttezza di linguaggio», «l'esclusione di attacchi personali o polemici». Si spinge poi fino a elencare alcune caratteristiche che consentirebbero di determinare «il carattere scientifico» di un'«indagine storica»: «che le fonti siano esattamente individuate, che siano varie, che siano interpellabili, che il fenomeno che si vuole studiare sia ampio e riguardato sotto le più varie sfaccettature e, in sostanza che la ricerca, la raccolta e la selezione del materiale da sottoporre a giudizio, sia la più completa possibile». Poi, rivolgendo l'attenzione al caso specifico dell'opera oggetto del giudizio penale, pone in collegamento, come già evidenziato, gli «aspetti anche solamente informativi» prodromici all'analisi critica che segue, «sulla base delle intuizioni e dei collegamenti che l'autore effettua tra i vari accadimenti». In sostanza considerando il dibattito scientifico in materia.

Alla luce di queste e altre considerazioni, la Suprema Corte assume

una posizione perentoria che spiega il ruolo stesso che il giudice è chiamato sostanzialmente ad assumere: non sarebbe nel suo potere «determinare se un soggetto possa essere qualificato o meno come vero storico». L'accertamento in sede giudiziaria «deve essere limitato a stabilire se l'opera, quale risultato della ricerca svolta dal suo autore, possa considerarsi storica». La Corte arricchisce quindi l'elenco dei requisiti della stessa ricerca storica già elaborati, affermando che lo storico, che a questo punto non avrebbe più senso definire tale (non se ne risentano gli storici riconosciuti tali dall'Accademia), deve da «fatti certi» arrivare attraverso il proprio pensiero «ad affermare fatti diversi».

Tali principi enucleati dalla Suprema Corte sono stati successivamente richiamati¹⁴³ in occasione di un pronunciamento che non ha mancato di suscitare reazioni per il tema oggetto del libro e l'esito processuale. Principi però solo parzialmente utilizzati, in gran parte *ex contrario*, per dimostrare che il volume non ha ad oggetto «verifiche di carattere storico su quanto accaduto tempo addietro». Con la sentenza 17 maggio 2016, n. 47506, pronunciata dalla V sezione, l'autore di un volume, più volte edito, è stato tratto a giudizio per rispondere del delitto di diffamazione a danno della comunità ebraica¹⁴⁴, fino al primo grado ritenuto aggravato dall'odio razziale *ex art. 3* del decreto legge 26 aprile 1993, n. 122¹⁴⁵. Nel caso di specie il volume fa riferimento a documenti antisemiti scritti all'epoca con l'intento di farli risalire a tempi antichi e di cui fu poi scoperta la non autenticità. L'autore del volume ripubblica gli stessi, contribuendovi con propri scritti che si sostanziano nella «quarta di copertina», prefazione, post-fazione e in citazioni. Non è la pubblicazione dei volumi a essere oggetto di giudizio ma le frasi scritte nelle parti originali riferibili al prevenuto. Per esempio, quando è affermato che tali documenti sareb-

¹⁴³ Seppur marginalmente e in considerazione della particolarità del caso che si affrontava.

¹⁴⁴ Per gli aspetti specifici si rinvia al testo della sentenza.

¹⁴⁵ Quindi negato dalla Corte di appello.

Il d.l. è convertito in legge 25 giugno 1993, n. 205 e, successivamente, abrogato ma confluito con la medesima formulazione nel codice penale all'art. 604-ter «Circostanza aggravante». È ivi disposto: «Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

bero «“falsi” (...) ma veritieri» perché quanto in essi affermato, anche se non poteva essere collocato indietro nel tempo, sarebbe poi effettivamente accaduto. Così il «“progetto di dominazione mondiale”» dei sionisti. Senza poterci in questa sede addentrare nel merito della questione (che richiederebbe ben più ampia e articolata trattazione, anche in considerazione del dibattito sul ‘negazionismo’¹⁴⁶ e ivi sul rapporto fra il ruolo del giudice e il «mestiere dello storico» in uno Stato costituzionale¹⁴⁷) è utile osservare come la Corte abbia giudicato la «conclusione» dell’«autore bislacca» però non infamante; mentre la Corte di appello aveva già ritenuto che «l’imputato era stato molto attento (e abilmente spregiudicato) a dirigere le proprie critiche» in modo tale da non ricomprendersi «tutti gli ebrei» ma solo i sionisti, quindi «contro quei soggetti (non necessariamente di religione ebraica)» partecipi di «“una cospirazione giudaico massonica”». Le espressioni ‘originali’ dell’imputato sarebbero quindi coerenti con la tesi sostenuta dallo stesso, sostanzialmente atta a dimostrare la presenza di «una cospirazione giudaico/massonica». Per quanto tale teoria sia «incredibile od inaccettabile», afferma la stessa Corte di cassazione, vi sarebbe una coerenza di fondo che induce all’annullamento della sentenza di condanna della Corte di appello.

Si può osservare, in conclusione, come in questo giudizio, data la

¹⁴⁶ Sul punto si rinvia *amplius* a D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano 2012 e in particolare 89-93. Nel capitolo suggestivamente intitolato «Negazionismo alla sbarra», l’a. riflette sul ruolo che «forse» dovrebbe esercitare «uno stato costituzionale» nel basarsi «su un dovere di verità» (102). Volgendo lo sguardo all’ordinamento e alla giurisprudenza tedesca è osservato come non si possa non pensare che il giudice muova «da un rifiuto della menzogna storica», altrimenti in contrapposizione con la «dignità umana», che è, riprendendo P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, 1996, tr. it. a cura di J. Luther e G. Zagrebelsky, Torino 2000, 7, «elemento fondativo dello stato costituzionale (...), premessa antropologica-culturale delle costituzioni contemporanee». Si dirà che è nel bilanciamento la soluzione: in questo caso, innanzitutto, tra libertà d’espressione e dignità umana. Ci si deve però domandare fino a che punto si possa spingere la legittima pretesa di garantire la pluralità di voci di fronte «a fatti storici certi, indiscutibili, pagati a prezzo della vita da milioni di persone» (105).

¹⁴⁷ Ancora D. BIFULCO, *Negare l’evidenza*, cit., 92, affronta, con specifico riferimento al negazionismo, sulla «temuta prossimità – *rectius*, confusione – dei ruoli del giudice e dello storico». L’a. crede e afferma che entrambi «possano contribuire validamente alla ricerca della verità storica», distinguendo i piani e le metodologie d’azione: il primo attraverso «il rigore della procedura giudiziaria volta all’esame dell’attendibilità di testimonianze e prove, l’altro attraverso lo scrupolo di una ricostruzione storiografica fondata su prove certe». Il presupposto di tale ‘aspettativa’ è «che si accetti che tanto la nozione di prova quanto quella di verità siano elementi costitutivi del mestiere del giudice come di quello dello storico e che le prove, come le testimonianze, possano servire per approdare alla conoscenza della verità storica (...) dei fatti realmente accaduti».

natura dell'opera, sembri essere stato escluso il carattere "di critica storica"¹⁴⁸. Proprio in considerazione del fatto che la fonte non è veritiera e l'autore costruisce le proprie affermazioni su quanto accaduto nel tempo, che corrisponderebbe a quanto in tale fonte originaria contenuto. E per quanto citi altre fonti (quindi successive ai documenti pubblicati) atte a dimostrare la tesi esposta, sarebbe difficile poter parlare appunto di critica storica *stricto sensu*. E se è vero come affermato dalla stessa Corte, e già in precedenza segnalato, che ciò che conta non è se chi scrive sia uno storico bensì che l'opera sia storica, attribuire a tale opera tale caratteristica, e conseguentemente la corrispondente scriminante, apparirebbe una forzatura.

La Corte non si pone tale domanda quando ricostruisce il caso in giudizio, forse pensando di trovare implicitamente i propri riferimenti nella sentenza n. 34821/2005, di cui riporta ampi stralci. Saremmo nel caso *de quo* probabilmente in presenza dell'esercizio del diritto di critica ma non di critica storica. Ma si comprende come la difficoltà di ricostruire in termini di principi il quadro normativo induca anche a letture più lineari e provocatorie quando ci si domanda se «la critica storica» non sia «una scriminante nuova»¹⁴⁹. È stato in particolare affermato che «la sentenza» che si annota sia «giuridicamente ineccepibile», ma, al contempo, puntando con essa solo alla «scientificità del metodo» si costituirebbe «uno schermo attraverso cui qualsiasi offesa a gruppi di individui selezionati in base alla opinione politica, al credo religioso professato o all'origine etnica possa filtrare attraverso le maglie della repressione penale»; introducendo quindi il concetto di «analisi pseudoscientifiche», mentre (in conclusione) gli scopi che dovrebbe avere la scienza sono quelli di «essere, sempre e comunque» improntati «al benessere di tutti i membri della collettività».

Tali conclusioni non possono essere condivise nella misura in cui ciò

¹⁴⁸ Per ulteriori pronunce in materia di critica storica v. Trib. Roma, 28 marzo 1967, in *Riv. pen.*, 1968, 50; App. Bari, 25 settembre 1980, in *Nuova. Giur. Civ.*, 1980, 961; Pret. Roma, 25.5.1985, in *Dir. inf.*, 1985, III, 988; Cass. pen., 30 maggio 1985, in *Giur. pen.*, 1986, II, 640; Cass. pen., 27 gennaio 1989, in *Riv. pen.*, 1991, 332; Trib. Roma, 1 luglio 1991, in *Foro it.*, 1991, II, 137; App. Roma, 25 maggio 1993, in *Nuova. Giur. Civ.*, 1994, 721 (condanna successivamente annullata da Cass., 13 dicembre 1993 in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 153, nota a margine di ZAGNONI BONILINI, *Un saggio sulla «fibula prenestina»: libertà di critica storica e diritto alla reputazione*; Trib. Roma, 29 giugno 1998, in *Nuova. Giur. Civ.*, 1999, 484, con nota a margine di GOETZ, *Diritto di critica storica e dovere di verità*.

¹⁴⁹ Il riferimento è alla breve nota di P. GRILLO, *La critica storica: una scriminante nuova?*, in *Diritto e giustizia*, fasc. 80, 2016, 4.

comporti un giudizio di valore sui contenuti della critica storica utilizzabile in sede di procedimento logico-giuridico, resta però sullo sfondo la necessità di avere piena consapevolezza dell'applicabilità dell'esimente nei soli casi in cui effettivamente tale sia il metodo (appunto storico) cui un lavoro si sia ispirato.

Può essere utile richiamare un ulteriore caso in cui «lo storico, per comprendere il passato e penetrare il significato profondo dei trascorsi avvenimenti, può trovarsi nella necessità di indagare non soltanto sulle opere ma sulla persona, anche sui suoi aspetti più intimi e riservati»; e alla luce della sua attività di ricerca giunga a esprimere giudizi negativi anche sulle «qualità morali di un personaggio storico» (il riferimento è al noto caso che riguarda Papa Pio XII)¹⁵⁰, «quando esse abbiano influito sul corso degli accadimenti»; sino a suonare come «riprovazione morale dell'individuo». Così la Corte di cassazione, sez. V, con la sentenza 29 settembre 1983, n. 911 (il noto caso Katz) prende atto del giudizio negativo espresso in un libro, affermando la scriminate *ex art.* 51 c.p. e a fondamento di ciò utilizza anche la formula «buon costume storiografico», nel senso che eventuali «conclusioni congetturali» debbano essere espresse con cautela, con il «necessario supporto probatorio»¹⁵¹ altrimenti «il giudizio negativo (...) resta pura denigrazione»¹⁵².

La vicenda storica presupposto della decisione è ricorso più volte in occasione di altri procedimenti giudiziari, che ritroviamo approfonditi in dottrina¹⁵³. Se ne vuole cogliere l'occasione per riflettere su una domanda di carattere generale che ci si pone, in particolare se «si può giudicare la storia» ma soprattutto qual è «la responsabilità dello storico».

¹⁵⁰ E del ruolo nell'eccidio delle Fosse Ardeatine commesso dall'esercito tedesco il 24 marzo 1944.

¹⁵¹ Per un'analisi attraverso la giurisprudenza sulla ricerca storica o storiografica e «il requisito della verità» cfr. S. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, Padova, 2006, 224 ss.

¹⁵² In *Giust. pen.*, 1984, II, 325.

¹⁵³ Si veda in particolare il contributo di V. ZENO ZENCOVICH, *Il giudizio dello storico e la storia attraverso il giudizio a margine dell'ennesima decisione sulla strage delle fosse ardeatine* in *Nuova. Giur. Civ.*, 2008, 2, 34 ss. In tale contributo vengono ripercorsi numerosi giudizi, incentrati sul ruolo dei responsabili dell'eccidio, anche soffermandosi sui giudizi espressi dallo storico Robert Katz in *Morte a Roma*, oggetto anche della precedente sentenza del 1983 richiamata. Si faccia inoltre riferimento alla sentenza della Corte di cassazione, sez. penale, VI sez., 19 ottobre 1979 in *Foro it.*, 1981, II, 243 ss, nella quale si afferma che «al fine di valutare la sussistenza del reato di diffamazione con attribuzione di un fatto determinato in un'opera di rievocazione storica, il giudice di merito» non solo deve esercitare «un controllo estrinseco» – che attiene alla sussistenza o meno dei «caratteri dell'opera storiografica», ma anche sulla «verità dei fatti» oggetto dell'addebito.

Sulle caratteristiche della critica storica ci siamo già soffermati. Invece occorre portare all'attenzione il profilo della responsabilità dello storico. Autorevole dottrina, preliminarmente osservando come vi sia «una perenne ambiguità giurisprudenziale», giunge a un'importante conclusione, affermando¹⁵⁴ che «il mestiere dello storico (...) non si improvvisa e chi lo esercita “abusivamente” ledendo altrui diritti non può invocare una qualche immunità»¹⁵⁵. Questa affermazione confligge con la lettura che si è in precedenza data riprendendo la giurisprudenza in materia, con cui si afferma che è il metodo storico a dover essere considerato e non se l'autore del contributo sia o meno uno storico. E, diversamente ritenendo, la stessa dottrina giuridica che si richiama, in conclusione del proprio contributo osserva come allorquando si opti «per la via più relativa della scriminante metodologica, ci si avvede subito come sia difficile verificarne la sussistenza», anche perché «i metodi storici sono molteplici, e non sono come altre metodologie (cliniche, fisico-chimiche, costruttive, ecc.) che quotidianamente sono oggetto di esame da parte dei giudici»¹⁵⁶.

Questa conclusione apre il fronte al rapporto tra giustizia e storia e/o storiografia, rendendo opportuno il richiamo al concetto di giuridificazione, che ai nostri fini interessa in particolare in quel «significato più ristretto» di cui alla ricostruzione giudiziaria della storia, «come insieme di fatti accaduti nel passato», e della storiografia, «come insieme delle attività volte alla ricostruzione ed interpretazione dei fatti storici». Quando si va a giudicare un'attività di ricerca si verifica il rispetto delle regole cristallizzate nella giurisprudenza (il modo e la forma che caratterizzano le espressioni che vengono utilizzate, affinché si accerti che non vi sia, ad esempio, un fine denigratorio della vita altrui, della reputazione) e l'accertamento della verità del fatto in quanto espressione della corretta o delle corrette metodologie di cui si è ampiamente detto. Ma, non sfugge come, in alcuni casi, quando in sede giudiziaria si cerca la verità dei fatti (storici) assistiamo a una trasposizione degli stessi all'interno di un sistema costruito che si svolge attraverso regole giuridiche; con l'effetto, come è stato affermato attraverso un'espressione suggestiva, che «da quando il giudice è entrato in campo, la storia – nel senso dei fatti del passato più o meno recente – non è più la stessa»¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Richiamandosi al titolo di un volume pubblicato da M. BLOCH, *Apologia della storia o mestiere dello storico*, Torino 1998.

¹⁵⁵ V. ZENO ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, 34 ss.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Cfr. G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in G. RESTA, V. ZENO

Si è voluto richiamare questo profilo teorico di non poca complessità – che richiederebbe ben altro approfondimento, e per il quale si rinvia¹⁵⁸ – in quanto, come è stato affermato nella medesima sede di approfondimento, impatta direttamente nei processi per diffamazione che hanno a oggetto, proprio, ricostruzioni e riferimenti storici. Deve essere osservato come attraverso il processo si risponda all'esigenza di rendere giustizia a chi si professa vittima. Da questa prospettiva il giudice che richiama nelle sue argomentazioni giuridiche la storia non lo fa attraverso un processo neutrale. La complessità che ne deriva è nel rapporto tra «giudizio storico» e «storia giudicata», che possono coincidere ma anche divergere. Ciò rileva in particolare (e proprio) attraverso l'«analisi dei processi civili e penali per diffamazione intentati nei confronti degli storici», dove la scriminante *ex art. 51 c.p.* può fondare, secondo questa ricostruzione, su «di una determinante “verità storica, assunta come causa di giustificazione dell'addebito lesivo nelle varie giurisdizioni»¹⁵⁹.

Queste argomentazioni fondano su esempi e richiami di eventi storici di grande impatto sociale¹⁶⁰, spesso non del tutto chiariti dal punto di vista storico, più volte riproposti all'attenzione dei giudici¹⁶¹. Si sottolinea questo aspetto in quanto nei processi per diffamazione ci si può trovare in presenza della grande Storia, ma anche di quelle meno note, non suscitanti eguale attenzione mediatica o culturale.

Questo aspetto è stato oggetto di approfondimento in dottrina anche dalla diversa angolazione della «storia giudiziaria contemporanea»¹⁶², il cui oggetto di studio può essere, come più facilmente ci si immagina guardando alla produzione scientifica ma anche a quella d'inchiesta, non solo quello dei grandi processi che interessano eventi cui si attribuisce «una rilevante importanza storica», ma anche le vicende processuali 'comuni'. Queste, infatti, se approfondite, attraverso approcci anche inter-disciplinari¹⁶³, consentirebbero di fare emergere, ad esempio, i muta-

ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, Napoli 2012, 15.

¹⁵⁸ Ivi, 11-41.

¹⁵⁹ Ivi, 18.

¹⁶⁰ L'esempio riportato è quello della storia delle foibe, delle Fosse Ardeatine.

¹⁶¹ Nazionali ma anche internazionali.

¹⁶² Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Appunti per una “storia giudiziaria contemporanea”* in *Italian Review of Legal History*, 2 (2017), n. 12, 1-14, anche visionabile in https://irllb.unimi.it/wp-content/uploads/2017/06/12_Zeno-Zencovich_it.pdf.

¹⁶³ Di grande interesse, anche per l'esigenza di «inter-disciplinabilità» che vi è sotteso (*idem*, 6-7).

menti economici e sociali del paese¹⁶⁴. Da questo punto di vista è interessante incrociare il lavoro dello storico – ma anche, aggiungerei, dello studioso delle scienze sociali *lato sensu* che segue un approccio anche storico – con quello del giudice. Entrambi, secondo le proprie peculiarità ‘metodologiche’, usano «la bilancia per attribuire il giusto e proporzionato peso alle carte, ai dati, alle testimonianze»¹⁶⁵.

4.3. Sull'uso esclusivo delle fonti orali

Un recente arresto giurisprudenziale da cui trarre spunto per approfondire un altro profilo di nostro interesse è quello della Corte di cassazione penale, Sez. V, 2 maggio 2016, n. 42314. L'imputato del delitto di diffamazione non è un docente universitario strutturato. Questi è uno storico, letterato, autore di un volume di ricerca storica. Rileva comunque ai nostri fini in quanto a essere affrontato è il caso della ricerca storica che utilizza le fonti orali. Dove per «storia orale» dovrebbe intendersi, secondo la definizione data dall'Associazione italiana di Storia Orale (AISO) «la particolare metodologia della ricerca storica basata sulla produzione e l'utilizzo di fonti orali»¹⁶⁶.

In alcuni specifici passaggi, di cui si riportano puntualmente le pagine nei diversi gradi di giudizio, l'autore del volume avrebbe offeso la reputazione e la memoria di una persona ritenuta colpevole di un omicidio, della «compartecipazione morale nello stesso», nonché della responsabilità morale del suicidio del figlio¹⁶⁷ per aver attribuito un fatto determinato.

La fonte utilizzata dall'imputato è quella orale. Ed è questo l'aspetto che in questa sede preme esaminare.

¹⁶⁴ Ivi, 5-7.

¹⁶⁵ Ivi, 9.

¹⁶⁶ www.aisoitalia.org.

¹⁶⁷ Il delitto ascritto è la diffamazione, con l'aggravante di cui all'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. È in particolare previsto che là dove il reato venga commesso «col mezzo della stampa» attribuendo «un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000». Nella sentenza non si fa più riferimento a tale aggravante, che, ad esempio, non è applicabile se non si è un giornalista e si scrive qualcosa in un *social*. Così Cassazione penale sez. V – 23 gennaio 2017, n. 8482.

Per un approfondimento sul rapporto tra l'art. 595 c.p. e l'art. 13 della l. n. 47/1948 e più in generale sui reati commessi col mezzo della stampa periodica si veda il commento aggiornato di A. COVIELLO, M. LOMBARDO, *Sub Art. 57 c.p.*, § 9, in *leggiditalia*. Si veda inoltre S. PERON, *Le testate telematiche e la tutela costituzionale*, in *Medialaws-Rivista di Diritto dei Media*, n. 2/2018, nt. 27.

Come sostenuto dalla difesa, la credibilità delle notizie sarebbe stata verificata attraverso un «notevole sforzo» e i dati sarebbero stati incrociati. Le stesse dichiarazioni assunte sarebbero state anche sottoscritte da coloro che le hanno rilasciate¹⁶⁸.

In appello si è ritenuta non applicabile l'esimente del «diritto di critica storica», e ciò viene confermato dalla Cassazione, in quanto a fronte di un ampio spazio riconosciuto alla difesa dell'imputato di «fornire la prova storica dei fatti posti a fondamento della tesi sviluppata nel suo libro» non sono stati forniti sufficienti elementi; su una serie di passaggi del volume è stata espressa una «valutazione dell'offensività», al punto da non poter ricondurre la pubblicazione alle tutele costituzionali di cui all'art. 21 Cost., né a quella più ampia di cui all'art. 33 Cost.

Nel caso *de quo* la Corte afferma che l'esercizio di critica storica «postula l'uso del metodo scientifico», *rectius* «l'esautiva ricerca del materiale utilizzabile, lo studio delle fonti di provenienza e il ricorso a un linguaggio corretto»; ed è proprio ciò che il giudice è tenuto a verificare, secondo quanto già affermato dalla stessa sezione¹⁶⁹.

Non sono invece corrette formulazioni linguistiche che esprimano «dubbi o insinuazioni»; ciò fuoriuscirebbe dal legittimo approccio storico. Esercitare il diritto di critica o di manifestazione del pensiero in questo modo determinerebbe in presenza di frasi diffamatorie lo sconfinamento nell'altrui denigrazione, com'anche affermato in precedenti pronunce richiamate dalla stessa Corte¹⁷⁰.

Ci troviamo in questo caso in presenza di una specificità del metodo storico utilizzato, quello che presuppone l'uso delle fonti orali. Abbiamo voluto richiamare tale interessante caso di giurisprudenza anche per introdurci in uno spazio più ampio di riflessione, in cui si prendano in considerazione le cosiddette «regole del mestiere», quelle che si danno coloro che utilizzano questa fonte.

A tal scopo può essere utile considerare il contributo dell'Associazione italiana di storia orale, impegnata sulle questioni etiche, deontologiche e giuridiche dell'uso delle fonti orali, che tra le sue finalità ha anche quella di proporre buone pratiche. Associazione che, di recente, in considerazione del dibattito internazionale sui principi della storia orale e di quanto proposto in particolare dall'*Oral History Association*, indica una

¹⁶⁸ Un ex questore e un medico.

¹⁶⁹ C. Cass Sez. V, n. 34821/2005.

¹⁷⁰ Corte di cassazione, sez. V, 27 gennaio 1989, n. 6384.

serie di «principi» che vengono inclusi in un documento che contiene quelle che vengono definite «Buone pratiche per la storia orale»¹⁷¹.

Anche se non si tratta di una fonte del diritto bensì di indicazioni frutto di una riflessione di coloro che aderiscono all'associazione o che con essi si siano relazionati (es. giuristi), quando se ne leggano i contenuti ben si comprende come questi siano in grado di sostenere un percorso giuridico argomentativo che lo stesso magistrato potrà seguire per meglio comprendere la rilevanza giuridica dei comportamenti adottati. Per comprendere il senso di tale affermazione è sufficiente incrociare quanto ivi si riporta con quanto disposto dal giudice nella sentenza in precedenza richiamata. Ma, soprattutto, il rispetto dei contenuti di tali «buone pratiche» permetterebbero al giudice di assumere ogni informazione in grado di descrivere il rigore metodologico di colui che ha raccolto e pubblicato notizie, informazioni e formulato riflessioni sugli accadimenti e sui fatti che vengono descritti o che sono alla base delle letture scientifiche che si producono.

Inoltre, come si osserva, le numerose regole applicabili alla ricerca che attinge alle fonti orali riflettono il buon operato del ricercatore, sia nel rispetto dell'intervistato, sia delle persone richiamate nelle interviste. In questo modo è consentito anche al giudice di avere più chiaro il quadro di riferimento entro il quale è chiamato a giudicare sulla tutela dei diritti della persona coinvolta. Un quadro composto da regole da applicare e principi da considerare. E, soprattutto con riferimento a questi ultimi, le associazioni possono avere un ruolo importante in quanto consentirebbero anche eventualmente al giudice di acquisire utili elementi per ragionare sul quadro di principi, in una materia particolare, quella dell'uso delle fonti orali, in cui le normative specifiche sono quasi del tutto assenti¹⁷² (se si fa eccezione allo specifico riferimento in tema di consenso contenuto nelle «Regole deontologiche per scopi di ricerca storica», adottato dal Garante della *privacy* nel 2018)¹⁷³.

¹⁷¹ Cfr. il sito aisoitalia.org.

¹⁷² Sul punto cfr. F. CORTESE, *Lavoro di ricerca e fonti orali: questioni giuridiche*, in intervento sbobinato nel corso *Le vite degli altri. Questioni deontologiche e giuridiche nell'uso delle fonti orali*, Venezia, 15 ottobre 2013, 33, in https://issuu.com/iveser/docs/le_vite_degli_altri.

Sull'insufficienza di una disciplina specifica si vedano anche B. BONOMO, A. CASSELLATO, R. GARRUCCIO, «*Maneggiare con cura*». *Un rapporto sulla redazione delle Buone pratiche per la storia orale* in *Il mestiere dello storico*, VIII/2, 2016, 16.

¹⁷³ Più specificamente la Delibera del Garante della *privacy* 19 dicembre 2018, n. 513/2018 «Regole deontologiche per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico in-

Tale approccio, per quanto possa apparire 'sfuggente' rispetto alla semplice applicazione della disposizione normativa puntuale, rappresenterebbe, invece, un criterio concreto in applicazione del quale il giudice, come è stato osservato, guarda a «come si sono svolti i fatti»¹⁷⁴; ad esempio verificando se sia stato o meno rispettato «uno standard»¹⁷⁵, e approcciando al caso con un metodo sostanziale, in applicazione di «una disciplina che vive di grandi principi, e le regole sono strumentali a quei principi»¹⁷⁶.

Per questo motivo il contributo degli storici 'orali' (anche definiti 'oralisti') deve essere considerato con particolare attenzione. Anche in considerazione del fatto che questa tipologia di ricerca, per le sue proprie caratteristiche, impatta in modo sensibile su una serie di diritti dell'individuo. E per ragioni diverse. Innanzitutto in quanto le interviste sono ottenute da «testimoni e portatori di memoria» e hanno la caratteristica di essere fonti «fortemente intenzionali», in quanto acquisite con lo scopo di realizzare una ricerca¹⁷⁷; sono strettamente collegate all'individuo che esprime riflessioni ed esperienze personali, fornisce informazioni personali di diverso tipo, anche sensibili; l'intervistato si presenta con nome e cognome, anche se può chiedere l'anonimato o l'uso di pseudonimi, così come «revocare il consenso alla pubblicazione dell'intervista»¹⁷⁸.

Se poi guardiamo più da vicino agli aspetti operativi che concernono i gruppi di ricerca universitari, e non solo, è previsto che «chiunque promuova progetti» che prevedano il trattamento dei dati deve informare i

teresse o per scopi di ricerca storica» all'art. 8 «Fonti orali» dispone che «in caso di trattamento di fonti orali, è necessario che gli intervistati abbiano espresso il proprio consenso in modo esplicito, eventualmente in forma verbale». Al secondo comma è disposto che «gli archivi che acquisiscono fonti orali richiedono all'autore dell'intervista una dichiarazione scritta dell'avvenuta comunicazione degli scopi perseguiti nell'intervista stessa e del relativo consenso manifestato dagli intervistati». L'attuale formulazione è il frutto di una modifica normativa che nel rispetto dell'art. 13 GDPR ha eliminato la disposizione che consentiva al titolare del trattamento di fornire un'«informativa semplificata» appunto in caso di trattamento di fonti orali. Ciò in considerazione del fatto che il regolamento non prevede deroghe o semplificazioni degli obblighi informativi se i dati sono raccolti presso gli interessati.

¹⁷⁴ Cfr. F. CORTESE, *Lavoro di ricerca*, cit., 40.

¹⁷⁵ *Idem*, 41.

¹⁷⁶ *Ibidem*, nel senso che apparentemente potrebbe essere stata rispettata una regola che prevede ad esempio la liberatoria ma nella sostanza il diritto dell'intervistato non è stato rispettato. In questo caso il giudice determinerebbe la responsabilità dell'intervistatore.

¹⁷⁷ In questo senso si differenziano da quelle archivistiche.

¹⁷⁸ AISO, *Buone pratiche per la stori orale*, cit. Oltre ai riferimenti personali, si dovranno altresì indicare anche la data e il luogo dell'intervista, il tema trattato, «l'eventuale committente o istituzione» per i quali la ricerca è svolta o finanziata; quale sarà l'uso dell'intervista; le modalità e ove sarà conservata l'intervista.

collaboratori (tra cui possono rientrare anche i giovani studenti universitari) in merito alle «implicazioni giuridiche, deontologiche ed etiche» del loro lavoro.

Vi sono una serie di altri principi che riguardano il rapporto con l'intervistato, sulla: trascrizione e il montaggio dell'intervista¹⁷⁹; consegna dell'intervista all'intervistato¹⁸⁰; «conservazione delle interviste». Nel caso in cui, inoltre, il contenuto dell'intervista coinvolga terze persone, l'intervistatore, preliminarmente alla pubblicazione, dovrà adottare gli accorgimenti che riterrà opportuni per non ledere l'immagine e la reputazione.

Evidentemente l'uso delle fonti orali non è appannaggio dei soli storici ma di qualunque studioso ne faccia uso in quanto strumento della metodologia di ricerca della propria scienza. Ciò vale, ad esempio, anche per gli antropologi e i sociologi. Seppur quindi ci si è soffermati sulla specifica attenzione che gli storici hanno voluto attribuire a tale metodologia, un ugual metodo di analisi e di individuazione dei riferimenti autoprodotti dalle stesse associazioni fungerebbe da egual riferimento ove si intenda individuare quelle linee guida che ben potrebbero essere portate all'attenzione del giudice o dello studioso medesimo che intenda a essi riferirsi nel suo proprio lavoro. E ciò può valere, in particolare, per i giovani studiosi.

4.4. L'equiparazione della pubblicazione del ricercatore universitario a quella del giornalista in termini di tutela secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo. La pubblicazione sui mezzi di informazione

Un caso che può essere utilmente richiamato per affrontare un ulteriore tema è quello del ricercatore universitario autore di un articolo pubblicato in un mensile di informazione (che ha un sito web e una versione cartacea) che si occupa in particolare di criminalità organizzata. Su tale mensile sono soliti pubblicare oltre ai giornalisti anche docenti universitari, magistrati, esponenti del mondo delle associazioni. Il contributo del ricercatore universitario non è quindi pubblicato all'interno di una sede specificamente scientifica, quale può essere una rivista del proprio settore scientifico disciplinare o una monografia. La sentenza alla quale facciamo

¹⁷⁹ Se in linea generale «le scelte sulla trascrizione e sul montaggio dell'intervista spettano in ultima istanza al ricercatore», vi è la possibilità di procedere diversamente sulla base di un accordo assunto con l'intervistato.

¹⁸⁰ È buona norma consegnare o recapitare all'intervistato una copia dell'intervista, nel formato ritenuto più opportuno alle circostanze.

riferimento è quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, del 17 luglio 2008¹⁸¹.

Va segnalato, innanzitutto, che trattasi di un'azione di tipo civile e non penale. La Corte è stata chiamata a valutare se la normativa italiana persegua «un fine legittimo», quindi se il fine di tutelare la reputazione nei termini prescritti sia tale da poter essere giustificata in «una società democratica».

La Corte è competente a giudicare se il precetto normativo dello Stato membro e la sua concreta applicazione in sede giudiziaria rappresentino una «restrizione» o meno della libertà di espressione tutelata specificamente dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che disciplina la «libertà di espressione». E per far ciò deve essere considerato il caso «nel suo complesso», comprendendovi anche le parole utilizzate e ritenute a fondamento del giudizio di risarcimento del danno subito. Nel caso di specie, l'articolo oggetto di valutazione in sede processuale poneva in relazione la posizione di un avvocato penalista, legale di un soggetto imputato per un gravissimo e a tutti noto delitto di mafia, contestualmente presidente di un ente locale, che si sarebbe potuto costituire parte civile nello stesso processo (fatto poi effettivamente concretizzatosi). L'articolo pubblicato si concentra proprio su tale duplice posizione e sulle sue ricadute, anche dal punto di vista simbolico, nelle azioni di contrasto alle mafie. Senza richiamare in tale sede le espressioni utilizzate nel descrivere tale situazione, per le quali si rinvia alla sentenza, è interessante segnalare alcune delle argomentazioni formulate dalla Corte, che hanno poi condotto alla condanna dell'Italia al risarcimento del danno e delle spese processuali del ricercatore universitario condannato in primo grado – in quanto le sue affermazioni sarebbero state lesive della reputazione –, con sentenza confermata in appello¹⁸² e infine in Cassazione¹⁸³. Come già affermato dalla Corte di appello, sarebbero stati travalicati «i limiti dell'esercizio legittimo del diritto di cronaca e critica giornalistica» e non si sarebbe quindi potuta applicare la «scriminante del legittimo esercizio del diritto di cronaca e di critica».

Giova innanzitutto partire da quest'ultima affermazione, consideran-

¹⁸¹ Ricorso n. 4222/07 Caso Riolo c. Italia. Con breve nota di G. GARUTI, *Condannata l'Italia per eccessiva limitazione della libertà di stampa* in *Dir. Pen. e Processo*, 2008, 9, 1187 ss.

¹⁸² Corte di appello di Palermo, Sez. I civ., emessa il 29 aprile 2003, depositata il 7 aprile 2003.

¹⁸³ Corte cass., Sez. III civ., 6457/2007.

do specificamente come nel caso *de quo* la Corte di Strasburgo abbia voluto rimarcare il fatto che anche se il ricorrente non eserciti «regolarmente la professione di giornalista», bensì quella di ricercatore universitario, avendo egli «scritto un articolo destinato ad essere pubblicato» su dei giornali, si debba operare un'assimilazione alla figura del giornalista, con conseguente assoggettamento alla medesima protezione secondo quanto previsto dall'art. 10 della Convenzione (ma anche degli articoli 10 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸⁴). Tale riferimento esclude la libertà di ricerca spostando l'attenzione ai più solidi riferimenti anche giurisprudenziali sulla libertà di espressione. Ne conseguono una serie di considerazioni in diritto esclusivamente concentrate sulle specifiche ricadute rispetto alla «necessità di ingerenza in una società democratica» che il legislatore prima, quindi gli organismi giudicanti, possono considerare pur nei limiti dettati dai principi democratici¹⁸⁵.

La Corte, quindi, muovendo da tale presupposto normativo di principio, analizza nel dettaglio l'articolo incriminato. Fa riferimento alla particolare situazione storica in cui i fatti narrati sono maturati. All'attenzione in generale prestata dalla carta stampata sui fatti oggetto dell'articolo. Al ruolo di politico del soggetto che si riteneva diffamato e che, in quanto tale, avrebbe comportato anche che l'esercizio concreto della libertà giornalistica giungesse sino a esprimersi ricorrendo «ad una certa dose di provocazione»¹⁸⁶, nelle parole così come nel titolo. Inoltre al «ruolo indispensabile della stampa di “cane da guardia”»¹⁸⁷.

¹⁸⁴ L'articolo 10 «Libertà di pensiero, di coscienza e di religione» in particolare al comma 1 dispone:

1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

L'articolo 11 «Libertà di espressione e d'informazione» dispone:

1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

¹⁸⁵ Il ruolo della Corte, come specificato nella stessa sentenza, § 58, non è quello di «sostituirsi alle giurisdizioni interne» ma di controllo delle sentenze pronunciate in considerazione dell'art. 10 della Convenzione europea.

¹⁸⁶ Vengono richiamati alcuni precedenti: *Prager e Oberschlick c. Austria*, sentenza del 26 aprile 1995, serie A n. 313, § 38; *Thoma c. Lussemburgo*, n. 38432/97, §§ 45 e 46, CEDU 2001-III.

¹⁸⁷ La Corte richiama *Thorgier Thorgeirson c. Islanda e Stensaas c. Norvegia [GC]*, n. 21980/93, § 62, CEDU 1999-II

Volendo trarre una conclusione che possa essere considerata da parte del ricercatore o docente universitario, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo farebbe pensare che ogni qual volta l'autore rientri in tali categorie e pubblici un suo contributo servendosi di un mezzo assimilabile nella categoria dei mezzi di informazione qual è un quotidiano, la valutazione in termini di diritto conduce a richiamare la libertà di manifestazione del pensiero così come configurata, in termini di diritti e doveri, per i giornalisti. L'obiettivo dichiarato è quello di garantire tale manifestazione del pensiero, osta, però, a differenti considerazioni, quali, ad esempio, l'esercizio della libertà di ricerca. Però, come in precedenza osservato, questo tipo di attività, là dove dovesse essere fatto rientrare nella categoria della «terza missione», potrebbe condurre a diversi percorsi argomentativi in fatto e in diritto.

4.5. Diritto all'oblio, diritto di cronaca e «diritto alla rievocazione storica (storiografica)» nella recentissima sezioni unite, sentenza 4 giugno 2019, n. 19681. Limiti ed effetti sull'attività scientifica

Il criterio sinora seguito è stato quello di richiamare la giurisprudenza che a partire da *petitum* di diretto o rilevante interesse per l'attività di ricerca, ci ha permesso di definire alcuni profili e creare le condizioni per fornire qualche suggerimento al ricercatore, utili per tracciare il confine fra il legittimo esercizio della libertà di ricerca e la tutela della personalità dell'individuo, la dignità della persona, con particolare riferimento alla diffamazione. Si è potuto inoltre osservare il legame con la libertà di manifestazione del pensiero, in particolare con il diritto di cronaca e di critica (in particolare storica); e stabilire, con specifici richiami, la rilevanza della terminologia utilizzata per qualificare i contributi che ricostruiscono 'storicamente' gli eventi, fino a indicare i nomi delle persone interessate. Chiude il ragionamento su tali tematiche il diritto all'oblio: l'interesse del singolo a essere dimenticato a fronte di quello della collettività d'essere informata (in questo viene garantita la memoria) su fatti accaduti, ma lontani nel tempo.

Tale ulteriore approfondimento può trarre beneficio da una recentissima sentenza pronunciata in sezioni unite dalla Cassazione civile, 4 giugno 2019, n. 19681, alle quali la III sezione si rivolge, con l'ordinanza 5 novembre 2018, n. 28084¹⁸⁸, in considerazione dell'«indifferibile» ne-

¹⁸⁸ Con nota a margine di M. BIANCHI, *Diritto di cronaca e diritto all'oblio: quale prevale?*, in *Quotidiano giuridico* in "Leggi d'Italia" 26/11/2018.

cessità di individuare «univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente i presupposti in presenza dei quali un soggetto ha diritto di chiedere che una notizia, a sé relativa, pur legittimamente diffusa in passato, non resti esposta a tempo indeterminato alla possibilità di nuova divulgazione».

Anche se in questa pronuncia il *petitum* avrebbe ad oggetto (*prima facie*) l'esercizio del diritto di cronaca, riteniamo necessario il suo richiamo e approfondimento in quanto le sezioni unite, pur pronunciandosi sulla sola questione a esse rinviata, pone quale centrale al suo argomentare un concetto sul quale ci siamo soffermati e non senza imbatterci in difficoltà di inquadramento: la rievocazione storica (storiografica). E ciò pur se le sezioni unite si trovino al cospetto di un articolo pubblicato su di un quotidiano, autore un giornalista. Non quindi uno storico, nel senso da noi precedentemente assunto; non un professore universitario. Ma è forse proprio per questi motivi e per le conclusioni cui giunge, che tale pronuncia è fondamentale. Per rispondere la Corte alla necessità di fornire, appunto, gli «univoci» riferimenti attesi, infatti, dal nostro punto di vista finisce per aprire il fronte a una serie di necessari chiarimenti sugli effetti di tale pronuncia che sembrano spingersi ben oltre l'attività giornalistica di cui alla sentenza della Corte di appello impugnata.

A fondamento di tale affermazione vi sarebbero le conclusioni alle quali perviene, che evidentemente possono essere comprese in modo compiuto solo ripercorrendo la articolata sentenza, che riprende con chiarezza il quadro normativo e i precedenti giurisprudenziali, nazionali ed europei, soffermandosi sui principi e le regole nel tempo consolidatisi.

Le sezioni unite si discostano, innanzitutto, dai termini della questione così come posta nell'ordinanza interlocutoria della III sezione, ove si chiede di tracciare il confine fra diritto di cronaca e d'oblio, affermando che «la corretta premessa dalla quale bisogna muovere è che quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata – la quale, all'epoca, rivestiva un interesse pubblico – egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla *rievocazione storica (storiografica)* di quei fatti»¹⁸⁹. A meno che elementi sopraggiunti rendano attuali quelle notizie¹⁹⁰. Con la conseguenza che l'esercizio dell'«attività storiografica» non possa avere la medesima garanzia costituzionale prevista per il diritto di cronaca.

¹⁸⁹ I corsivi sono nostri.

¹⁹⁰ Come già affermato dalla Cass. Civ. Sez. III con la sentenza 9 aprile 1998, n. 3679.

Si vogliono qui riportare i principi di diritto utili che sono evincibili dalla pronuncia delle sezioni unite, che pur nei limiti che essa deve darsi di limitare le sue argomentazioni al *petitum*, fornisce un importante contributo in termini di chiarificazione del difficile tema del diritto all'oblio nella prospettiva del bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati.

La Corte preliminarmente alla determinazione dei principi di diritto che dovranno essere considerati dalla Corte di appello (la cui sentenza è cassata) pone in evidenza l'importanza dell'«attività storiografica», definita in termini di «rievocazione di fatti ed eventi che hanno segnato la vita di una collettività» che fanno «parte della storia di un popolo», rappresentandone «l'anima».

Afferma, inoltre, che non può essere sindacata la scelta della testata giornalistica di procedere, come accaduto per il caso che si esamina¹⁹¹, alla «rievocazione storica» nell'ambito della quale è richiamato il fatto attingente alla persona. Il frutto di tale scelta editoriale ricade nella «libertà di stampa e di informazione tutelata dalla Costituzione».

In considerazione di tali premesse, il distinguo che la Corte opera tra cronaca e attività storiografica determinerebbe un primo obbligo: quello di non richiamare il nome del protagonista delle vicende che si riportano. In quanto il fatto che si descrive e che si porta a conoscenza, se è connotabile nell'alveo della tradizionale caratterizzazione della libertà di informare nella duplice accezione positiva e negativa (quindi dell'informare e dell'essere informati) «non necessariamente implica la sussistenza di un (...) interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto». Vi sarebbero però due condizioni che legittimerebbero, invece, il richiamo al nome: quando trattasi di personaggio che abbia o abbia avuto un «ruolo pubblico»; «ovvero fatti che per il loro stesso concreto svolgersi implicano il richiamo necessario ai nomi», quindi sussista un «rinnovato interesse pubblico».

Il compito di accertare la sussistenza di queste condizioni compete al giudice di merito. Ruolo non semplice¹⁹², evidentemente, in quanto non è possibile definire *ex ante* una «precisa catalogazione».

Attraverso richiami puntuali alla giurisprudenza interna ed europea, la ponderazione degli interessi determinerebbe l'attribuzione di un maggior peso alla tutela dell'«identità», della «storia personale». Concetto

¹⁹¹ Per la completa esposizione si rinvia alla sentenza.

¹⁹² La Corte definisce tale valutazione «come paziente e sofferta».

rafforzato fino al punto da richiamare la risalente sentenza della Corte di cassazione, sezione I civile, 13 maggio 1958, n. 1563, e l'allora «cupa ma felice espressione» declinata «di “diritto al segreto del disonore”», in rappresentazione di un fatto di cronaca che descrive situazioni vergognose e proprio per questo tali «da far sorgere il legittimo desiderio del silenzio».

Vi è un ulteriore concetto che non solo viene portato all'attenzione, ma su cui si soffermano le sezioni unite collegandolo al caso specifico sul quale prima i giudici di merito poi la Cassazione si pronunciano, argomentato attraverso il (già richiamato) «Testo unico dei doveri del giornalista» del 2016. L'articolo 3, dedicato proprio all'«identità personale e diritto all'oblio», dispone (lett. b) che «nel diffondere a distanza di tempo dati identificativi del condannato» occorra valutare «l'incidenza della pubblicazione sul percorso di reinserimento sociale dell'interessato e sulla famiglia, specialmente se congiunto (padre, madre, fratello) di persone di minore età¹⁹³. Di ciò la Corte dà espressamente conto quando afferma che il giudice nella sentenza impugnata non abbia «neppure» considerato «la bontà del percorso di riabilitazione».

Quanto sinora riportato della sentenza n. 19681/2019 impone il tentativo di comprenderne gli effetti sul piano dell'attività scientifica e di terza missione, dovendosi considerare le pronunce già richiamate che abbiamo visto su di esse impattare. Non ci si può esimere dal farlo appellandoci alla considerazione secondo cui si tratta di un giornalista che pubblica su di una testata giornalistica. In quanto la 'declassificazione' della libertà di cronaca in diritto alla rievocazione storica o storiografica determina un avvicinamento all'esercizio tipico dello studioso e del professore universitario. Sia esso uno storico, piuttosto che un altro scienziato sociale che ricostruisce storicamente eventi e ruolo delle persone, coniugando, secondo quanto discende dalle considerazioni su esposte, il metodo storico con quello della metodologia della propria scienza, del proprio settore scientifico disciplinare.

Ci si deve domandare se l'obbligo di rendere anonimo il riferimento all'individuo debba essere esteso anche a tali figure professionali. E se ciò debba valere per ogni tipologia di mezzo di informazione: dall'articolo scientifico sino al quotidiano o alla rivista, ad esempio quella *on line*.

¹⁹³ Disposizione, questa, da leggersi contestualmente a quella (lett. a) secondo cui il giornalista debba rispettare «il diritto all'identità personale ed» evitare «di far riferimento a particolari relativi al passato, salvo quando essi risultino essenziali per la completezza dell'informazione».

Se decidiamo, come già anticipato in considerazione dei principi enucleati dalle sentenze in precedenza richiamate, che la ricerca scientifica nella sua accezione di ricerca storica sia tutelabile in capo a ogni ricercatore delle scienze sociali (purché questi aggiorni le informazioni, proceda con rigore scientifico, anche con riferimento a ogni tipo di fonti alle quali attinge, ivi comprese quelle orali), bisogna chiarirsi sugli effetti dell'importante ruolo che le sezioni unite attribuiscono, ancora una volta, seppur in termini diversi, alla rievocazione storica o storiografica, ora qualificata come «diritto». Per rispondere a tale domanda bisogna capire se sia essenziale confrontare la ricerca scientifica con le due condizioni necessarie esposte (giòva ripeterle) dalle sezioni unite a giustificazione del richiamo del nome dell'individuo: la notorietà delle persone, nel senso che abbiano avuto o abbiano un ruolo pubblico e se vi sia un rinnovato interesse pubblico. Il punto critico coincide con il riferimento al «diritto alla rievocazione storica (storiografica) dei fatti». Perché negli stessi termini, come si è visto, ci si riferisce all'attività degli scienziati, che in questo si distinguono dai giornalisti, con sostanziale differenziazione tra, ad esempio, e come si è visto, diritto di cronaca e di critica storica.

Riteniamo che la risposta dovrebbe essere negativa se ci si riferisce allo scienziato. Premesso che gli scienziati, per esempio in larga misura gli antropologi, in applicazione di un principio di precauzione, tendono ad anonimizzare le persone coinvolte nei fatti che approfondiscono scientificamente, il mancato riferimento a fatti risalenti nel tempo collegati alle persone, determina un inevitabile *vulnus* alla ricostruzione storica degli eventi, quindi alla descrizione delle verità. E se ciò può valer meno per la grande storia, quella che vede interessate persone note, varrà di più per la piccola storia, che può essere quella, ad esempio, delle piccole comunità. Ma come si può negare che la storia del nostro Paese sia espressione del tempo trascorso di ogni comunità che lo costituisce, e chi può *ex ante* stabilire cosa sarà rilevante per le altre ricerche che seguiranno?

Resta però scoperto il segmento del diritto all'oblio. La tutela crescente che l'ordinamento gli ha dato. Rafforzato ulteriormente dalle più recenti fonti del diritto europeo e, conseguentemente, nazionali; fino a quelle regole autodeterminate da singole categorie professionali, direttamente o attraverso il ruolo, su cui ci si è soffermati, del Garante della *privacy*¹⁹⁴.

L'affermazione di riflettere con attenzione su queste ricadute e sulla necessità di considerare l'attività scientifica quale attività che soddisfa un

¹⁹⁴ Si rinvia ancora *amplius* a R. BIFULCO, *Codici di condotta*, cit., 169-191.

interesse pubblico prevalente è più facilmente sostenibile nel caso in cui si faccia esplicito riferimento all'attività scientifica il cui prodotto finale venga pubblicato in riviste specializzate o monografie.

Ma cosa accade, invece, negli altri casi, quando il ricercatore pubblica su mezzi di informazione più tradizionalmente ricollegabili all'attività del giornalista? A dover essere richiamato, in questo caso, è quanto già in precedenza affermato, anche alla luce della giurisprudenza, così come dei contributi più recenti della dottrina. La richiamata «terza missione», la cui attività connessa qualifica anche i doveri dei ricercatori universitari, contempla anche pubblicazioni di tal tipo così come altre modalità di dialogo con la società e le istituzioni. E il rigore del metodo scientifico e il collegamento alle attività scientifiche svolte e alle competenze maturate fornirebbero i presupposti per legittimare l'esercizio della libertà accademica *lato sensu*. Nel rispetto degli ulteriori doveri di cui si è detto (es. continenza e aggiornamento delle notizie riguardanti la persona), quindi, bisognerà considerare favorevolmente tali attività nel loro rapportarsi al diritto all'oblio.

In ultimo, seppur apparentemente di minor rilievo, anche l'ulteriore profilo della libertà (*rectius*, missione) accademica, quello di insegnamento, andrà considerato. D'esso si tiene anche conto, in chiave più ampia, nella sentenza delle sezioni unite, quando è richiamato il precedente di cui alla sentenza della terza sezione Cassazione civile, 5 aprile 2012, n. 5525. In quel caso la Corte ha posto in luce che rispetto all'interesse del soggetto «a non vedere ulteriormente divulgate notizie di cronaca che lo riguardano, si pone peraltro l'ipotesi che sussista o subentri *l'interesse pubblico* alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari esigenze di carattere storico, *didattico*, culturale»¹⁹⁵.

Il profilo *de quo* deve essere anche aggiornato in considerazione delle nuove modalità di insegnamento universitario. Si pensi alla didattica on line. Così a quegli insegnamenti che avvengono attraverso il web, secondo la modalità dei *Massive Open Online Courses* (MOOC), che possono avere come destinatari utenti di diverso tipo – non solo gli studenti universitari, ma anche il mondo delle professioni nell'ottica del *Lifelong learning*, della pubblica amministrazione, delle imprese e di chiunque abbia specifici interessi. Questa particolare tipologia di piattaforma di insegnamento consente anche di trasferire i risultati di ricerche scientifiche, svolte ad esempio da gruppi universitari. E ciò può voler anche dire

¹⁹⁵ I corsivi sono nostri.

diffondere ricerche che abbiano a oggetto ricostruzioni storiche di eventi e di persone¹⁹⁶.

Proprio questa continua evoluzione, tra l'altro espressione del *policy making* europeo e nazionale in tema di alta educazione, determina una sostanziale difficoltà di orientamento, in quanto il bilanciamento tra i diversi diritti in gioco è sempre più dinamico, vuoi per l'attenzione che il regolatore europeo e il legislatore statale danno ai diritti della personalità, vuoi per l'impatto dell'evoluzione tecnologica sul mondo dei media.

Si tratta, quindi, di una "partita sempre aperta", e questa sentenza, per quanto molto utile sia per la ricostruzione formulata, sia per alcune indicazioni che fornisce, non può risolvere il problema della definizione dei limiti, che permangono fluidi. Mentre spetta ai giudici di merito, attraverso l'analisi "caso per caso", risolvere le controversie, in questo modo fornendoci progressivamente le conoscenze che contribuiranno alla riflessione e al confronto dogmatico.

4.6. Valutazione delle frasi offensive e necessità di una verifica dell'opera nel suo complesso

A scorrere le sentenze in tema di diffamazione appare evidente che il giudicato fonda sulle frasi, le espressioni che ledono la reputazione e l'onore. Vengono puntualmente riportati passaggi di un articolo, piuttosto che di un libro o altro prodotto. Contestualmente, la difesa generalmente segnala la necessità di procedere a un'analisi più ampia delle espressioni utilizzate, da considerarsi nel loro complesso, nel contesto più ampio (a volte anche di centinaia di pagine) in cui i fatti vengono narrati. Evidentemente ciò potendo comportare una differente lettura delle stesse frasi ritenute diffamatorie anche in considerazione di altre formulazioni linguistiche che richiamano espressamente le stesse fonti o altre. Ciò non di meno, fungono da utile chiave di lettura le avvertenze che gli autori sono soliti fare in premessa o in altri passaggi del contributo, ad esempio richiamando la colpevolezza solo limitatamente a una prima sentenza di condanna, non ancora definitiva. In questi casi è anche importante il modo in cui la difesa dell'autore venga rappresentata, la capacità di confutare le espressioni ritenute diffamatorie collocandole nel più ampio contesto argomentativo, altresì considerando frasi che ne stemperino la

¹⁹⁶ Per avere cognizione del fenomeno in atto si consiglia di prendere visione dei corsi della piattaforma di weblearning dell'Università Federico II, al link *federica.eu*.

possibile capacità (ad esempio) denigratoria e diffamatoria. Egualmente occorre considerare l'effettivo spazio che il giudice avrà assicurato alla formazione della prova a discolta, in quanto presupposto della giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione.

Questi aspetti devono essere esplorati anche alla luce della giurisprudenza. Attraverso una sentenza della Suprema Corte, Sez. V, n. 34821/2005¹⁹⁷, possono determinarsi due importanti considerazioni. La prima concerne la necessità, appunto, di ricomprendere le frasi all'interno dell'opera (come anche sostenuto dalla Corte dei diritti dell'uomo)¹⁹⁸. In questo caso si tratta di un volume attraverso cui è stato esercitato il «diritto di critica storico-politica», in sé esimente *ex art.* 51 c.p., riconosciuto il quale ne conseguirebbe la non «punibilità del fatto commesso (...) in presenza della verità dei fatti denunciati». Nella sentenza *de qua* la Suprema Corte afferma che le 'due' frasi considerate offensive siano state estrapolate da un libro di più di trecento pagine. Senza una corretta valutazione che tenga conto di questa circostanza risulterebbe impossibile innanzitutto qualificare la stessa opera come una mera «libera manifestazione del pensiero» di cui all'art. 21 o di «ricerca scientifica» di cui all'art. 33 della Costituzione.

Sostanzialmente il non aver seguito tale tipologia di valutazione avrebbe impedito di valutare una serie di necessari aspetti sia di metodo della ricerca sia di contenuto. Un'opera di critica storica, qual è quella che la Corte dichiara di aver dovuto prendere in considerazione, deve poter essere valutata compiutamente in giudizio al fine di: verificare «la ricorrenza di un metodo scientifico d'indagine» che preveda anche l'uso corretto delle fonti e ivi l'eshaustività del materiale necessario alla ricostruzione storica e la possibilità di verificare l'esattezza delle informazioni; il collegamento tra le notizie riportate – si suppone in una parte del volume – e le successive rielaborazioni critiche di portata più ampia – in altre parti del libro.

Ma se tali profili non sono stati considerati o, come emerge dalla sentenza, la difesa dell'autore non è stata messa nelle condizioni di poterli rappresentare, prim'ancora che dimostrare, in sede processuale, allora il Giudice di legittimità non potrà non tenerne conto. Ed è questo il secondo aspetto che preme sottolineare.

Tali considerazioni consentono di introdurre un ulteriore importante

¹⁹⁷ Cit. anche in questo caso l'autore della pubblicazione non è un docente universitario.

¹⁹⁸ 17 luglio 2008, cit., § 58.

tema, più strettamente connesso al dibattito: la corretta formazione della prova in giudizio. Se, infatti, come afferma la Corte di cassazione, il giudice di *prime cure* non ha ammesso quelle prove che secondo l'autore avrebbero consentito di descrivere i fatti in misura tale da confutare la ricostruzione accusatoria, se il giudizio si è fondato esclusivamente su quelle espressioni "sufficientemente circostanziate da trasmodare in attacchi ad una persona individuata o individuabile», se il giudice di secondo grado non ha esaminato la limitazione del diritto di prova avutasi in primo grado, allora non potrà che conseguire l'annullamento della sentenza di condanna impugnata, in quanto quelle prove che l'imputato avrebbe inteso fare ammettere in giudizio «avrebbero potuto determinare una diversa decisione».

La Corte di legittimità, quindi, fonda proprio sul mancato rispetto delle regole processuali, che, come è facilmente evincibile, impattano anch'esse sul rapporto tra contenuti del lavoro scientifico e lamentata lesione dei diritti della persona ritenutasi diffamata. Ricade quindi in capo al giudice l'obbligo di non limitare l'acquisizione delle prove in forza delle quali si possa dimostrare che le espressioni 'incriminate' si sarebbero dovute leggere nel più ampio contesto dell'opera e dovute valutare considerandone le fonti cui l'autore ha attinto. Trasposto il ragionamento in diritto sul piano della elaborazione scientifica che presuppone la diffusione dei relativi risultati, per quanto sia buona norma porre particolare attenzione al rispetto dei limiti in ogni punto dell'elaborato, è evidente come il giudizio, anche specifico, debba essere letto all'interno della complessità dell'opera, in termini di manifestazione del pensiero scientifico e di metodologia di ricerca utilizzate, frutto inoltre della rielaborazione appunto scientifica.

5. *Diffamazione, azioni legali e rischio di dissuasione (il chilling effect) dell'esercizio della libertà, lite temeraria. Analisi dell'esperienza del Regno Unito, nella prospettiva più ampia dell'Ethics of Research nelle scienze sociali*

Traendo ancora una volta spunto dalla giurisprudenza, in particolare quella della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹⁹, in cui è riportata la

¹⁹⁹ Il riferimento è alla già richiamata e approfondita pronuncia della Corte di Strasburgo del 17 luglio 2008, ricorso n. 4222/07, Caso Riolo c. Italia, *supra* § 3.

vicenda processuale che interessa il ricercatore universitario che pubblica un articolo su di una rivista, cartacea e *on line*, si decide di soffermarsi sull'aspetto specifico del potenziale impatto che un'azione legale, in sede penale e civile, anche solo minacciata, determina sulla libertà del ricercatore universitario. Discorso, questo, che deve essere ampliato sino a ricomprendervi il rapporto che intercorre tra l'ateneo e i ricercatori e professori.

La Corte, con la sentenza dianzi approfondita, si pronuncia sul bilanciamento fra la libertà di espressione e la tutela della reputazione degli individui²⁰⁰, valutando la sussistenza o meno di un corretto bilanciamento. Ivi è affermato «che l'ingerenza nella libertà di espressione (...) non sia stata conforme alla Convenzione» in considerazione dell'importo dei danni morali e del risarcimento fissati dagli organi giudiziari italiani, oltre le spese processuali, anche in considerazione della situazione finanziaria della parte soccombente». Lo Stato italiano è stato condannato a risarcire il ricorrente per danno patrimoniale subito oltre le spese legali sostenute nei diversi gradi di giudizio.

Si tratta di un precedente di particolare rilievo. Esso permette infatti di superare quelle considerazioni che ridurrebbero a un mero "rischio del mestiere" non solo la condanna penale per diffamazione, ma anche il risarcimento del danno. Una situazione di questo genere, infatti, può ingenerare, come osserva la Corte europea, un timore difficilmente superabile che è in grado di determinare un'inevitabile compromissione del diritto anche del pubblico a essere informato «su temi di interesse generale»²⁰¹. Vi sarebbe, nel caso *de quo*, una violazione dell'art. 10 della Convenzione in considerazione della sproporzione dei mezzi impegnati, tali da ingenerare una limitazione della libertà non certo «necessaria in una società democratica» o «a protezione della reputazione» e dei «diritti altrui»²⁰².

Un primo aspetto cui occorre accennare riguarda i profili penalistici e civilistici dell'istituto della diffamazione, i cui confini, come puntualmente osservato ripercorrendo la giurisprudenza civile e penale, sono difficili da tracciare²⁰³. Dall'analisi dei casi giudiziari, inoltre, rileva il dato inte-

²⁰⁰ Cit. §§ 62 e 71-72.

²⁰¹ I mezzi di informazione subirebbero un condizionamento che nuocerebbe alla loro stessa funzione di porre all'attenzione del pubblico abusi perpetrati dai pubblici poteri.

²⁰² Ai sensi dell'art. 10, comma 2, della Convenzione.

²⁰³ V. PEZZELLA, *La diffamazione*, Torino 2016, 922.

ressante dell'incremento delle azioni civili di risarcimento in alternativa alle querele per diffamazione. A ragione di ciò, si osserva, vi sarebbe «la scarsa efficacia dell'azione penale ai fini di tutela del soggetto leso e di sanzione per il reo» e «la possibilità riconosciuta al giudice civile di accertare incidentalmente l'esistenza di un reato, per poter così procedere al risarcimento del danno morale».²⁰⁴ Sull'applicabilità della disciplina penale, in generale, per la diffamazione a mezzo stampa, è da tempo aperto un dibattito – che riguarda in particolare l'ordinamento italiano e la sua giurisprudenza in materia – che ha trovato sede nelle istituzioni e nella giurisprudenza europea. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la recentissima sentenza della I sez., 7 marzo 2019, n. 22350, è intervenuta sul noto caso di un giornalista italiano, condannato in via definitiva dalla Cassazione²⁰⁵ per alcuni articoli pubblicati ritenuti diffamatori; la condanna prevedeva anche una pena detentiva, solo in parte scontata, in quanto di seguito commutata in una pena pecuniaria dal Presidente della Repubblica *ex art. 87, comma 11, della Costituzione*.

La Corte, richiamando documenti del Consiglio d'Europa²⁰⁶ e della Commissione di Venezia, organo consultivo, in cui si affronta la «compatibilità della legislazione italiana in materia di diffamazione con l'articolo 10 della Convenzione» europea dei diritti dell'uomo²⁰⁷: fa riferimento a principi dalla stessa già affermati; non si discosta dalle conclusioni alle quali giungono i giudici italiani sull'aver fornito al pubblico «informazioni sbagliate (...) infangando gravemente l'onore e (...) il (...) diritto alla vita privata, nonché di tutte le persone coinvolte»; concorda con il Governo italiano sul fatto che «il ricorrente non aveva osservato l'etica del giornalismo, riferendo informazioni false senza controllarne prima la veridicità». Assume, però, una posizione perentoria sull'irrogazione della pena detentiva²⁰⁸, in quanto non sarebbero ricorse (quel)le necessarie «circostanze eccezionali», da questa con chiarezza affermate alla

²⁰⁴ Ivi, 923. Per un'analisi del rapporto tra le azioni civili e penali si veda l'approfondimento dello stesso a., 925 ss.

²⁰⁵ Con sentenza del 26 settembre 2012, n. 41249. Ancora con riferimento alla Corte EDU si veda la precedente sentenza Belpietro c. Italia, 24 settembre 2013.

²⁰⁶ Cfr. Risoluzione 1920 (2013) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa rubricata «Lo stato della libertà dei mezzi di informazione in Europa».

²⁰⁷ Del 9 novembre 2013, «Parere» n. 715/2013 «sulla legislazione italiana in materia di diffamazione».

²⁰⁸ Anche se di seguito è intervenuta la commutazione, che comunque è un atto discrezionale ed esonera esclusivamente dall'esecuzione della pena.

luce dell'ordinamento europeo²⁰⁹. Sicché, per il caso *de quo*, «la sanzione penale inflitta (...) è stata per sua natura e severità manifestamente sproporzionata». Tale affermazione della Corte EDU la ritroviamo immediatamente richiamata ed acquisita nella recentissima sentenza della Corte di Cassazione penale, V sez., 10 settembre 2019, n. 38721.

Rilevano ai nostri fini i riferimenti che la Corte fa ai processi di riforma in corso in Italia, pur con riferimento alla precedente legislatura²¹⁰, richiamando anche le considerazioni svolte dal Consiglio d'Europa: apprezza in particolare le proposte di abrogazione, poi non concretizzatesi, delle disposizioni di legge che prevedono l'applicazione di pene detentive e la limitazione del ricorso al diritto penale. Anche se, va detto, il cosiddetto *chilling effect*²¹¹, cioè l'effetto dissuasivo alla pubblicazione di opere, è non di meno determinato in sede di cause civili. A rigor di completezza deve essere segnalata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Salerno, ufficio del giudice monocratico, Sez. II penale, avente a oggetto l'articolo 595, comma 3, c.p. e l'articolo 13 della legge n. 47/1948 che prevede le ipotesi di trattamento sanzionatorio aggravato. Nell'articolata ordinanza ci si sofferma sulla pena detentiva richiamando le succitate sentenze della Corte europea²¹².

In tema di *chilling effect* va anche richiamata quella differente posizione dottrinale, che nel soffermarsi sul *cost of libel actions*, considerando la normativa e la casistica nel Regno Unito²¹³, ritiene che non sussistano le

²⁰⁹ Che per esempio ricorrono, secondo la propria giurisprudenza (cfr. Cumpana e Mazare c. Romani, [GC], n. 33348/96, § 115, CEDU 2004-XI, quando vengano «lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza».

Cfr. F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, 177-181.

²¹⁰ Sul punto si veda la nota a sentenza di S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2

²¹¹ Tale nozione ricorre nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 10 della Convenzione dei diritti dell'uomo. Cfr. Grande Camera, sentenza 27 marzo 1996, ricorso n. 17488/90, Goodwin c. Regno Unito, § 39 e la sentenza 16 settembre 2014, ricorso n. 44357/13, Szél e altri c. Ungheria, §§ 84-85.

²¹² La questione di legittimità ha come parametri costituzionali gli articoli 3, 21, 25, 27 co. 3, 117 co. 1, Cost. e l'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali. Il riferimento è a Reg. ord. n. 140 del 2019, pubbl. su G.U. del 18/09/2019 n. 38. L'udienza è calendarizzata per il 21 aprile 2020.

²¹³ Dove il tema è stato affrontato a livello istituzionale e ampiamente dibattuto. Si veda in particolare Cfr. D. HOWARTH, *The cost of libel actions* in *Cambridge Law Journal*,

ragioni per diffondere il «panico»²¹⁴. I costi non sarebbero così alti come si dichiara. In particolare, se si considera la media di tali costi e non quelle eccezioni che registrano costi molto elevati. Viene inoltre osservato – attraverso una ricostruzione che critica metodologie, fonti e risultati delle indagini richiamate a sostegno della tesi degli alti costi – come i costi in Inghilterra siano molto più alti rispetto al resto dell'Europa. La domanda che tale dottrina si pone è: «*how much is too much?*»²¹⁵, giungendo alla conclusione che sarebbe scorretto affermare che i costi siano «*out of control*». Pur senza alcuna pretesa di completezza, è interessante osservare le peculiarità di tale ordinamento di *common law* – sul quale si è puntualmente soffermata la nostra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'utilissima seconda edizione dell'«Osservatorio sul giornalismo»²¹⁶-, in quanto in grado di fornirci alcuni interessanti spunti di confronto.

Già nel 2009, con il *Coroners and justice act*²¹⁷ la diffamazione è stata depenalizzata. Successivamente, nel 2013, è stato approvato il *Defamation Act*, con il quale il legislatore ha riformato la disciplina sulla diffamazione, ponendosi quale obiettivo nuove forme di bilanciamento tra la libertà di esprimere il pensiero e la tutela della reputazione. È stato previsto che dinanzi all'autorità giudiziaria si debba, innanzitutto, dimostrare che le espressioni ritenute potenzialmente diffamatorie debbano essere valutate in considerazione degli effetti provocati o probabilmente provocati, di un «*serious harm*», un danno serio alla persona offesa o una seria perdita finanziaria a una persona giuridica²¹⁸. Queste necessarie condizioni mirerebbero a risolvere le criticità registratesi nel Regno Unito²¹⁹ dovute a cause intraprese da chi era dotato di capacità finanziarie per sostenere processi allo scopo di determinare sostanzialmente il *chilling effect*, a discapito dell'interesse pubblico a essere informati. La

70(2), July 2011, 398. L'a. richiama la *Campaign for Libel Reform* e alcuni aspetti specifici relativi ai costi che devono essere sostenuti. Per esempio le spese legali del giornalista soccombente nel processo che deve affrontare spese legali elevate determinate dal «*success fees*», quindi dall'accordo tra i legali e la parte vincente che fonda sul successo dell'azione legale da cui si determina il compenso. Anche se non trasponibile in Italia, è interessante riportare questa specificità.

²¹⁴ Cfr. D. HOWARTH, *The cost of libel actions* cit., 397.

²¹⁵ Ivi, 406 ss.

²¹⁶ In *www.agcom.it*, prodotto dal Servizio economico-statistico della stessa Autorità, pubblicato nel marzo del 2017, 72-73.

²¹⁷ In <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/contents>.

²¹⁸ V. l'art. 1, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/crossheading/requirement-of-serious-harm/enacted>.

²¹⁹ L'AGCOM ne richiama i riferimenti giurisprudenziali, 72.

nuova disciplina prevede che l'onere probatorio (del *serious harm*) ricada sulla parte attorea. Mentre il convenuto dovrà dimostrare la sussistenza delle cosiddette esimenti: in particolare dimostrando che quanto egli ha affermato è la 'verità'²²⁰, o che l'opinione espressa sia legittima²²¹, o di interesse pubblico²²².

Vi è un altro aspetto che merita di essere portato all'attenzione. Esso incide sul comportamento delle parti in occasione del processo. Ove sia ascrivibile un comportamento particolarmente grave è prevista una sanzione. Singolarmente e complessivamente gli istituti previsti sarebbero in grado di determinare misure idonee a dissuadere comportamenti pretestuosi o strumentali, liti temerarie quindi intentate appunto allo scopo dissuasivo che inevitabilmente finiscono per impattare sull'esercizio delle libertà. Il riferimento all'esperienza della Gran Bretagna, alla quale l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni riconosce un ruolo di utile comparazione²²³, ricade all'interno del più ampio dibattito e conseguenti risultati in tema di etica della ricerca, in particolare nelle scienze sociali.

È facilmente comprensibile l'utilità di allargare il campo dei riferimenti. La presenza, infatti, di standard etici avanzati, frutto del dibattito della comunità scientifica, e il relativo riconoscimento nel contesto istituzionale della ricerca, accrescono la sensibilità dei ricercatori e, più in generale di tutti i soggetti che partecipano al sistema della ricerca. Si pensi in tal senso agli standard etici imposti dall'*Economic and Social Research Council* (ESRC)²²⁴, il maggiore finanziatore della ricerca in Gran Bretagna. Allo specifico riferimento che è fatto alle scienze sociali, considerando la premessa secondo cui vi è una sostanziale differenza tra queste scienze e le altre, con conseguente necessità di definizione di specifici *Ethics Principles*. Egualmente l'*Academy of Social Sciences* (ACSS) è attualmente impegnata nella diffusione dei risultati ottenuti in seno a un ampio dibattito attorno ai principi in materia²²⁵, che progressivamente si strutturano fornendo indicazioni e linee guida utili. Senza poterci in questa sede addentrare nello specifico dei principi, per i quali si rinvia²²⁶, può essere utile evidenziare il principio comune secondo cui

²²⁰ *Truth* – Section 2.

²²¹ *Honest opinion* – Section 3.

²²² *Publication on a matter of public interest* – Section 4.

²²³ *Osservatorio sul giornalismo*, cit.

²²⁴ *ESRC Framework for research ethics*, 2015, in esrc.ukri.org.

²²⁵ Sul punto si veda *Generic Ethics Principles in Social Science Research*, 2013, in acss.org.uk.

²²⁶ Per un contributo cfr. C. SECCHI, *Presentazione della Carta dei principi per la ricer-*

a fronte dell'obiettivo che la ricerca sociale si pone di ottenere i massimi risultati possibili a vantaggio della società, devono essere contenuti i rischi per i ricercatori (così come per i terzi). Risultato raggiungibile responsabilizzando gli stessi enti di ricerca cui fanno capo i ricercatori (che devono prevedere *standard* di natura etica), oltre che gli stessi ricercatori, ponendo attenzione a ogni singola fase della ricerca: dalla progettazione sino alla diffusione dei risultati. Stretto è anche il legame con le regole tipiche delle singole scienze sociali, quindi quei profili di rigore scientifico e integrità adattati alle singole metodologie di ricerca. Evidentemente, alla tutela dei dati personali nelle sue differenti declinazioni è sempre prestata particolare attenzione. Se, *prima facie*, quanto si riporta è a noi noto, come abbiamo visto ripercorrendo la nostra giurisprudenza, una prima e importante differenza è nella presenza di numerosi documenti di riferimento, che trattano in maniera ampia non solo i profili di carattere generale, ma anche aspetti molto specifici che consentono di sciogliere molti dei dilemmi in presenza dei quali si trovano i ricercatori. Ciò è da una parte il frutto del grande dibattito in materia, presente nella letteratura delle differenti scienze annoverabili tra quelle sociali, dall'altra ha innescato un vivace dibattito che continua ad alimentare il confronto ed arricchire i risultati.

Si è voluto richiamare l'ordinamento inglese al fine di introdurre, attraverso una chiave comparata che riteniamo possa essere utile al fine di una maggiore chiarificazione, alcune criticità che sono ravvisate nella nostra esperienza e nel nostro ordinamento giuridico. Un primo spunto utile concerne proprio i costi. A tal fine è utile richiamare la già citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 luglio 2018²²⁷, che ci consente di ragionare considerando un aspetto che per noi è determinante: l'effettiva capacità reddituale del ricercatore e del professore universitario in Italia (in relazione quindi al suo stipendio). Non è possibile, infatti, astrarsi dalla concretezza delle situazioni pur nella loro dimensione generale nel rispondere alla domanda sopra evidenziata «*how much is too much*». La Corte, in considerazione del caso specifico su cui interviene, ha giudicato contraria al diritto europeo l'ingerenza dei giudici italiani nell'esercizio della libertà di espressione esercitata da

ca nelle scienze umane e sociali in the Future of Science and Ethics, Volume 2, n. 1, giugno 2017, <https://scienceandethics.fondazioneveronesi.it>). Si fa qui riferimento alla Carta approvata dal Consiglio nazionale delle ricerche (CNR).

²²⁷ Corte di Strasburgo del 17 luglio 2008, ricorso n. 4222/07, Caso Riolo c. Italia, supra § 3.

un ricercatore italiano condannato per diffamazione, ragionando anche sull'importo dei danni morali e del risarcimento fissati dagli organi giudiziari italiani, oltre alle altre spese sostenute, che vengono valutate concretamente, considerando «la situazione finanziaria della parte soccombente». Gli specifici profili relativi alle spese legali sostenute dai professori e ricercatori universitari meritano uno specifico approfondimento, al quale si dà di seguito spazio²²⁸.

Un ulteriore aspetto da doversi considerare concerne gli effetti del coinvolgimento in procedimenti penali e delle pronunce dei giudici. Si pensi alle conseguenze sulle dichiarazioni che – per esempio nei concorsi – debbono essere sottoscritte sui carichi pendenti o le pronunce di condanna a carico, riportati nei corrispondenti casellari, che contengono «l'insieme dei dati relativi a provvedimenti giudiziari riferiti a soggetti determinati che hanno la qualità di imputato» e «l'insieme dei dati relativi a provvedimenti giudiziari e amministrativi riferiti a soggetti determinati»²²⁹.

Un altro profilo strettamente connesso concerne il rapporto tra diffamazione e «lite temeraria». Il riferimento normativo è all'istituto della responsabilità processuale aggravata disciplinata dall'art. 96 c.p.c.²³⁰. Quando la domanda attorea presuppone «la coscienza dell'infondatezza

²²⁸ *Infra* § 6.

²²⁹ Definiti dall'art. 2, comma 1, lett. b), del del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari dipendenti da reato e del relativi carichi pendenti».

Il riferimento è in questo caso all'art. 60 c.p.p. «Assunzione della qualità di imputato», quindi alla «persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 c.p.p.), di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo». «La qualità di imputato si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta a impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna». «La qualità di imputato si riassume in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere e qualora sia disposta la revisione del processo».

²³⁰ L'art. 96 «Responsabilità aggravata» dispone: Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

della domanda (mala fede) o (...) la carenza della ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta coscienza»²³¹.

Si tratta di un istituto che rileva ai nostri fini in quanto la norma prevede l'applicazione di una sanzione con condanna al risarcimento dei danni subiti dalla controparte, oltre alle spese di lite.

Come noto si tratta di una questione dibattuta, in giurisprudenza e dottrina, di cui evidentemente non si può in questi termini dar conto in questa sede. Limitiamoci, quindi, a sottolineare solo alcuni profili di stretto interesse, rinviando alla dottrina per l'eventuale approfondimento²³². Il legislatore disciplina «il concetto di abuso del diritto o abuso del processo» bilanciandolo con il principio del *qui iure suo utitur neminem laedit*, quindi del diritto costituzionalmente garantito del diritto di difesa²³³. Gli interessi pubblici che vengono perseguiti dalla norma sono «il buon funzionamento e l'efficienza della giustizia e, più in particolare, la ragionevole durata del processo con lo scoraggiare le causa pretestuose»²³⁴. L'agire in giudizio è quindi un diritto anche se si dovesse aver torto, ma se dovesse risultare certo che la parte che ha agito (...) era ben consapevole del suo torto (...) questa situazione di malafede sarebbe rivelatrice di un abuso del diritto di azione e perciò di un comportamento illecito»²³⁵.

La responsabilità viene fatta rilevare dinanzi al giudice investito della controversia, quindi nell'ambito del processo per diffamazione, che può essere quello civile così come quello penale, in considerazione del rapporto intercorrente tra il merito e il giudizio sulla responsabilità aggravata. Il giudice, quando si pronuncia sulle spese *ex art. 91 c.p.c.*, anche d'ufficio può condannare la parte soccombente al pagamento a favore della controparte di una somma equitativamente determinata (*ex art. 96, comma 3 c.p.c.*).

Questo è quanto prevede il nostro ordinamento.

Diffusi sono i giudizi negativi che vengono espressi nei confronti dell'attuale sistema di tutela che sarebbe inidoneo a impedire il *chilling effect*. Fenomeno noto a livello internazionale anche con l'acronimo

²³¹ Cfr. Cass. Civ., 30 dicembre 2014, n. 27534.

²³² Per una riflessione su lite temeraria e diffamazione v. S. PERON, *Brevi note su diffamazione e lite temeraria in Responsabilità civile e previdenza, nota a Tribunale Milano 28 febbraio 2015*, fasc. 6, 2015, 1952 ss.

²³³ Cfr. R. ROSSI, D. D'ADAMO, R. FROSIO RONCALLI, *Sub art. 96 c.p.p.* - «Responsabilità aggravata», in *Leggiditalia*.

²³⁴ *Ex multis* Cass. civ. Sez. VI - 2, sentenza 17 ottobre 2017, n. 24410.

²³⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2004, 365.

SLAPP (*Strategic Lawsuit against Public Participation*) – che ha più ampia portata applicativa.

Anche nella corrente legislatura vi sono proposte di legge in materia. Così quella²³⁶ contenuta in un unico articolo ai sensi del quale: «All'articolo 96 del codice di procedura civile, dopo il primo comma è inserito il seguente: Nei casi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche online o della radiotelevisione, in cui risulta la mala fede o la colpa grave di chi agisce in sede di giudizio civile per risarcimento del danno, su richiesta del convenuto, il giudice, con la sentenza che rigetta la domanda, condanna l'attore, oltre che alle spese di cui al presente articolo e di cui all'articolo 91²³⁷, al pagamento a favore del richiedente di una somma, determinata in via equitativa, non inferiore alla metà della somma oggetto della domanda risarcitoria». Come specificato nella «nota breve» al disegno di legge, il comma che si aggiungerebbe all'art. 96 introdurrebbe un'ipotesi di responsabilità aggravata civile.

Tali richiami possono solo fornire alcuni spunti di riflessione *de iure condendo*, ma il tema, così come affrontato, richiederebbe una seria considerazione anche rispetto allo specifico ruolo del professore e del ricercatore universitario e non solo del giornalista.

²³⁶ Si tratta del disegno di legge presentato al Senato, al luglio del 2019 in corso di esame in commissione, iniziativa Sen. Primo di Nicola e altri, A.S. n. 1119-B «Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale».

Sono altresì stati presentati il disegno di legge A.C. 1700. On. Mirella Liuzzi e altri e A.S. 812 Sen. Giacomo Caliendo (in corso di esame in commissione)

²³⁷ Ai sensi dell'art. 91 «Condanna alle spese», «il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92.

Le spese della sentenza sono liquidate dal cancelliere con nota in margine alla stessa; quelle della notificazione della sentenza, del titolo esecutivo e del precetto sono liquidate dall'ufficiale giudiziario con nota in margine all'originale e alla copia notificata.

I reclami contro le liquidazioni di cui al comma precedente sono decisi con le forme previste negli articoli 287 e 288 dal capo dell'ufficio a cui appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario (...).

6. *La tutela dei professori e ricercatori quale garanzia della libertà accademica*

Un ultimo aspetto da approfondire concerne il rapporto intercorrente tra professori e ricercatori universitari e gli atenei cui afferiscono, con particolare riferimento a quanto previsto dall'ordinamento in termini di tutele e garanzie in caso di azioni giudiziarie. Trattasi di questione di carattere generale, nella quale rientra anche il caso specifico delle azioni legali aventi a oggetto la diffamazione.

Si consideri innanzitutto lo *status* dei professori e ricercatori universitari²³⁸, che riconosce diritti e specifici doveri. L'ordinamento, nel definire la libertà accademica nelle sue diverse missioni dell'insegnamento, della ricerca, e, ove si accolga tale lettura²³⁹, della terza missione, coniuga la tutela degli studenti e, più in generale, della collettività con i doveri degli accademici. Come è stato osservato, l'ordinamento stabilisce che gli accademici debbano esercitare le proprie funzioni in modo da non delegittimare «la comunità scientifica, e con questa la stessa “funzione di scienza” di cui essa è titolare nell'interesse collettivo», nel rispetto dei principi sanciti dalla Costituzione, in particolare dall'articolo 28²⁴⁰. In considerazione della «rilevanza “esterna” degli obblighi di comportamento» deve riconoscersi al docente il diritto alla protezione da parte dell'università «a fronte degli attacchi intimidatori» subiti «in ragione dell'attività di ricerca, d'insegnamento o di “terza missione” (ad es. per danni da diffamazione)». Come è stato osservato, l'università deve garantire agli accademici «di svolgere serenamente» le proprie «attività»²⁴¹,

²³⁸ *Supra* § 3.3.

²³⁹ Di cui si è detto *supra* § 2.

²⁴⁰ Cfr. B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., 74-75.

L'art. 28 dispone: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Per un commento v. M. BENVENUTI, *Sub art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, in *leggiditalia*.

²⁴¹ L'a. richiama anche il *Rapport sur les procédures bâillons*, aprile 2017, della Commission Mazeaud, reperibile al seguente link: http://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport_Commission_Mazeaud_754502.pdf.

Nel rapporto (letteralmente “procedura per imbavagliare”) è approfondito il tema delle denunce per diffamazione per la pubblicazione di lavori scientifici pubblicati in riviste accademiche o nella stampa generalista. È stata coinvolta la *Conférence des Présidents d'Université* francesi. È molto utile ripercorrere tale rapporto che riporta una «breve storia» delle denunce per «diffamation» e «denigrement». Tra questi il caso del professore

sostenendoli all'occorrenza anche dal punto di vista economico per le spese legali e processuali²⁴².

La questione deve esser approfondita con specifici riferimenti alla normativa vigente e agli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Siamo nell'ambito dell'ipotesi disciplinata del rimborso delle spese di patrocinio legale sostenute dal dipendente pubblico che sia stato coinvolto in un giudizio per responsabilità civile, penale o amministrativo. Il riferimento normativo è all'articolo 18, comma 1, del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito con legge 23 maggio 1997, n. 135²⁴³.

Non ci si addentra nella specialità di tale normativa²⁴⁴; giova però

universitario di diritto costituzionale che pubblica in una rivista giuridica un articolo che considerando una pronuncia di una Corte costituzionale di un altro paese in tema di laicità esprime giudizi sull'indipendenza e le competenze dei giudici. Si fa riferimento a una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla libertà di ricerca e alla sede scientifica (una rivista trimestrale di diritto) (*Affaire E. contre Etat T.*, 3). O ancora il caso di una società di telefonia mobile che cita in giudizio un professore di economia, il quale in uno studio scientifico descrive l'impatto negativo dell'ingresso nel mercato della società. Il tribunale di Parigi ha condannato la società a versare una somma al professore universitario (*Affaire D. contre société F.*, 4).

Nel *Rapport* vengono altresì riportati i «*grand principes*» e l'obiettivo di tutelare gli universitari appunto dalle «*procédures bâillons*»

²⁴² V. ancora B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa*, cit., 74-75.

²⁴³ L'art. 18 «Rimborso delle spese di patrocinio legale», comma 1, dispone: «Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità».

Tra l'altro tale comma è stato oggetto di interpretazione autentica dall'articolo 10-*bis*, comma 10, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 convertito dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, come modificato dall'art. 17, comma 30-*quies*, decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, ha interpretato il comma nel senso che il giudice contabile, ove vi sia proscioglimento nel merito, e con la sentenza che ne definisce il giudizio, secondo quanto disposto dall'articolo 91 c.p.c., non può disporre la compensazione delle spese del giudizio. Liquidando quindi l'ammontare degli onorari e dei diritti spettanti alla difesa del pubblico impiegato prosciolto, fermo restando il parere di congruità che deve essere rilasciato dall'Avvocatura dello Stato e da esprimersi sulle richieste di rimborso che vengono avanzate all'amministrazione di appartenenza.

²⁴⁴ Che ha come specifico riferimento i dipendenti pubblici, confrontandola con altri regimi – salvo poi l'estensione al ricorrere di determinate condizioni ad altre figure di dipendenti: es. gli enti locali – e con le ipotesi in cui non sia invero prevista. Sul punto si

segnalare la specificità della *ratio* che la sottende: il dipendente pubblico è sollevato, al ricorrere delle condizioni di cui sopra, dagli effetti sul piano economico determinati dalla necessità di farsi assistere da un legale. Come afferma la Corte di cassazione civile, non costituisce espressione di un principio generale, ma configura una norma applicabile ai soli casi espressamente disciplinati. Il dipendente, ingiustamente accusato per fatti inerenti a compiti e responsabilità dell'ufficio, ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la sua difesa entro i limiti di quanto strettamente necessario (trattandosi di erogazioni gravanti sulla finanza pubblica) secondo il parere di un organo tecnico altamente qualificato. E ciò, e questa è l'ulteriore condizione normativamente prevista, in presenza di una sentenza definitiva che escluda la responsabilità del dipendente²⁴⁵.

È utile soffermarsi sulle singole condizioni integrandole con taluni profili specifici idonei a meglio comprenderle attraverso la giurisprudenza, soffermandoci in ultimo, per il maggior rilievo che ciò ha ai fini della nostra riflessione complessiva, sul rapporto tra l'attività di ricerca e la condizione dell'espletamento del servizio o» dell'«assolvimento di obblighi istituzionali».

Un requisito che deve ricorrere è la pronuncia di sentenze o provvedimenti che abbiano escluso la responsabilità del dipendente pubblico. La decisione alla quale dover fare riferimento è la recente 29 dicembre 2017, n. 6194, del Consiglio di Stato, Sez. III, che riprende quella dell'Adunanza Generale, decisione n. 20/2013, resa il 29 novembre 2012. È ivi affermato, con riferimento al citato articolo 18, comma 1, che con riferimento all'«espressione “sentenza o provvedimento che escluda la responsabilità”», la responsabilità deve considerarsi «esclusa da qualunque sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 530 c.p.p., anche quella che si avvalga della cosiddetta formula dubitativa». Come affermato dalla III sezione, l'art. 18 «non discrimina fra le diverse ipotesi di formule assolutorie prefigurate dall'art. 530 c.p.p. e non assegna all'Amministrazione un'area di discrezionalità che le consenta di sovrapporsi e sostituirsi a quella effettuata dal giudice penale».

Le spese sono rimborsate da parte dell'amministrazione di appartenenza. Ma secondo i limiti «riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato».

vedano le riflessioni critiche di L. PARLATO, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto*, Padova, 2018, 216-220.

²⁴⁵ *Ex plurimis* Consiglio di Stato, VI Sez., in materia di rimborso da parte di un'università con sentenza 13 marzo 2017, n. 1154

«Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità».

All'Avvocatura, come anche specificato dalla Corte di cassazione civile, Sez. I, 3 gennaio 2008, n.2, compete la valutazione sia delle necessità difensive del funzionario, in relazione alle accuse che gli vengono mosse e ai rischi del giudizio penale, sia la conformità della parcella presentata dal difensore alla tariffa professionale. Tale parere, «espressione di discrezionalità tecnica, è soggetto al vaglio del giudice ordinario per il necessario controllo del rispetto dei principi di affidamento, ragionevolezza e tutela effettiva dei diritti riconosciuti dalla Costituzione». Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, l'Avvocatura dello Stato «deve considerare la natura e la complessità della causa, l'importanza delle questioni trattate, la durata del processo, la qualità dell'opera professionale prestata ed il vantaggio arrecato al cliente»²⁴⁶.

Una condizione necessaria è l'effettiva sopportazione dell'onere economico di cui è richiesto il rimborso. Le spese legali devono essere effettivamente dimostrate, attraverso «fatture effettivamente attestanti l'avvenuto pagamento degli onorari al difensore», non potendo l'amministrazione liquidare in base a «meri "progetti di liquidazione" redatti dallo stesso difensore», né corrispondere il pagamento delle spese in via diretta (senza per esempio aver attivato il procedimento di anticipazione altresì previsto dall'articolo 18). Resta comunque in capo al docente universitario la possibilità di riattivare il procedimento nel rispetto di quanto previsto dalla normativa vigente²⁴⁷.

Rispetto poi alla congruità delle spese legali da accertarsi attraverso l'attivazione dell'Avvocatura di Stato, come affermato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana – ancora su una questione concernente un professore universitario assolto da ogni addebito – non vi è alcun automatismo tra la parcella richiesta e il ristoro della somma che l'ateneo dovrà corrispondere; che, tra l'altro, può provvedere soltanto successivamente alla determinazione dell'Avvocatura dello Stato.

In ultimo, la legge fa riferimento a fatti e atti che siano connessi all'«espletamento del servizio o» all'«assolvimento di obblighi istituzionali». L'ente di riferimento, nel nostro caso l'università, deve valutare specifi-

²⁴⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 1190, in cui è anche richiamata la pronuncia della Sez. II, 30 giugno 2015, n. 7722.

²⁴⁷ Così il Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1154 del 2017.

camente una serie di elementi: il rapporto intercorrente tra quanto contestato e le funzioni 'pubbliche' effettivamente svolte. Come osservato, sono queste funzioni a essere tutelate, «solo indirettamente e per suo tramite si giunge a tutelare altresì il dipendente, in una sovrapposizione tra gli interessi dei due soggetti, dovuti al rapporto organico che li lega, alla luce dei principi di cui» al già menzionato articolo 28 della Costituzione. Altrimenti ritenendo, scopi differenti che sottendono l'agire del dipendente pubblico determinerebbero il diniego del rimborso.

Occorrerebbe, come osservato dal Consiglio di Stato, «un legame teleologico di stretta causalità»²⁴⁸, «un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere e il compimento dell'atto (...) o di «quel fatto»; «l'atto o la condotta (...) del dipendente pubblico» corrispondono all'assolvimento di un compito: «non è sufficiente che lo svolgimento del servizio costituisca la “mera occasione” per il compimento dei fatti che originano il procedimento di responsabilità, bensì si richiede una “comunanza degli interessi perseguiti attraverso l'illecito ipotizzato con quelli dell'ente di appartenenza»²⁴⁹.

Alla luce di tali richiami normativi e giurisprudenziali e in considerazione di quanto in precedenza argomentato sullo *status* del professore universitario e sul suo operare nell'ambito della missione di ricerca e della terza missione, occorre che l'accademia si interroghi sul livello di tutela che deve essere garantito. Trattasi in questo caso di un “banco di prova” specifico da non trascurare, pur nell'ambito di una riflessione che, come si è visto, ha portata ben più ampia, trasversale nel diritto interno e unionale.

²⁴⁸ L. PARLATO, *La rifusione*, cit., 218.

²⁴⁹ Ancora Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 190/2013.

SAGGI

Fulvio Costantino

GLI OPEN DATA COME STRUMENTO DI LEGITTIMAZIONE DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'istanza di legittimazione delle istituzioni. – 3. La partecipazione (in senso lato) come fonte di legittimazione. – 4. Gli *open data* come strumenti per la legittimazione. – 5. Gli *open data* nelle riforme europee tra efficienza e democrazia. – 6. La scarsa diffusione e qualità degli *open data* in Italia. – 7. Gli ostacoli nazionali di natura legale alla diffusione degli *open data*. – 8. Il ruolo degli intermediari. – 9. La difficoltà di valutazione dell'impatto degli *Open data*. – 10. Il supposto conflitto tra efficienza e democrazia. – 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Si è osservato, nell'affrontare il tema dei cd. *dati aperti (open data)*¹,

¹ La dottrina su questi temi costituisce una sezione della più ampia schiera di studi sull'*e-government*, che può essere tradotto con *amministrazione digitale*, e che fa riferimento all'uso da parte delle amministrazioni delle tecnologie: sono focalizzati sull'*e-government*, per quanto attiene al tema in esame nel contributo, gli studi di M.J. AHN, *Whither E-Government? Web 2.0 and the Future of E-Government*, *Web 2.0 Technologies and Democratic Governance*, in *Pub. Adm. Inf. Tech.*, 2012, 169; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino 2005.

L'apporto è fondamentale anche nel settore dei servizi: in tal senso P. PIRAS, *Servizi pubblici e nuove tecnologie*, *Dir. inf.*, 2006, 93; R. REINIKKA, J. SVENSSON, *The Power of Information in Public Services: Evidence from Education in Uganda*, *Journal of Public Economics*, 2011, 956.

Il fenomeno dell'*e-government*, seppure con differenze, riguarda tutti gli ordinamenti, così che esistono studi che esaminano il fenomeno su scala 'globale': L. AL-HAKIMCHE, *Global E-Government: Theory, Applications and Benchmarking*, Hershey 2007 e, a livello europeo, P.G. NIXON, V.N. KOUTRAKOU, R. RAWAL (a cura di), *Understanding E-Government in Europe: Issues and challenges*, Londra-New York 2010; essi si concentrano anche sugli effetti dell'*egovernment*, in particolare sulla corruzione, come ad es. in X. ZHAO-H.D. XU, *E-Government and Corruption: A Longitudinal Analysis of Countries*, *Int. J. Pub. Adm.*, 38, 2015, 410.

Il tema dei dati è strettamente connesso con la trasparenza, studiata, tra gli altri, in chiave critica da F. BANNISTER, R. CONNOLLY, *The Trouble with Transparency: A Critical Review of Openness in e-Government*, in *Policy and Internet*, vol. 3, 2011, 1; A. FUNG, M. GRAHAM, D. WEIL, *Full disclosure, The Perils and Promises of Transparency*, Cambridge 2007; B. GOLDSTEIN, L. DYSON, a cura di, *Beyond Transparency*, S. Francisco 2013 ed esaminata in chiave europea da M. SAVINO, *The right to open public administrations in Europe: emerging legal standards*, Sigma Paper n. 46, Oecd, 2010.

Il passaggio dall'accessibilità dei documenti alla pubblicazione dei dati è ben esposto da A. BONOMO, *Informazione e Pubblica Amministrazione. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; B. BUGARIC, *Openness and transparency in public administration: challenges for public law*, *Wiscon. Intern. law journ.*, 2004, 483; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, *Dir. pub.*, 2005, 573 e il tema che con esso si lega è quello relativo a qualità dei dati e al loro riuso, sul quale P. J. BIRKINSHAW, A. HICKS, *The law and public information on UK. quality, access and re-use*, *Dir. Pub.*, 2007, 959; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni negli Stati Uniti*, *Giorn. dir. Amm.*, 2002, 1232; Id., *La qualità delle informazioni pubbliche. l'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, 155; D. MARONGIU, *I dati delle pubbliche amministrazioni come patrimonio economico nella società dell'informazione*, *Inf. dir.*, 2008, 355; P. PATRITO, F. PAVONI, *La disciplina del riutilizzo dei dati pubblici dal punto di vista del diritto amministrativo*, *Dir. inf.*, 2012, 87; B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, *Dir. pub.*, 2007, 996; Id. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, 2007; S. RICCI, *Note in tema di "riutilizzo dell'informazione pubblica" e diritto alla privacy*, in *federalismi.it*, 2005; D. ROBINSON, H. YU ET AL., *Government Data and the Invisible Hand*, *Yale J.L. & Tech.*, 2009, 160.

Si occupano dell'uso dei dati per governare G. MISURACA, F. MUREDDU-D. OSIMO, *Policy-making 2.0: unleashing the power of Big Data for public governance*, 2014, 171.

L'impatto della cd. rivoluzione dei dati sul dibattito sul *public management* è stato studiato da A. CLARKE, H. MARGETTS, *Governments and citizens getting to know each other? Open, closed, and Big Data in public management reform*, in *Policy and Internet*, 2014, 393; P. DUNLEAVY, H. MARGETTS ET AL., *New Public Management is Dead-Long Live Digital-Era Governance*, *J. Public Adm. Res. Theory*, 2006, 467; Id., *Digital Era Governance. IT Corporations, the State, and e-Government*, Oxford 2006; Id., *The second wave of digital era governance*, *ssrn.com*, 2010; A. MCAFEE, E. BRYNJOLFSSON, *Big data: The management revolution*, *Harv. Bus. Rev.*, 2012, 60.

All'interno del dibattito sui dati si innesta poi quello sui dati aperti, sul quale sono intervenuti B. COCCAGNA, *Libero accesso nelle politiche di open data: trasparenza, apertura e autoorganizzazione nel riutilizzo delle informazioni del settore pubblico*, in *Cib. dir.*, 2011, 129; M.C. DE VIVO, A. POLZONETTI, P. TAPANELLI, *Open data, Business intelligence e Governance nella Pubblica amministrazione*, *Inf. Dir.*, 2011, 239; F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, 2010; F. DI MASCO, *Miti e realtà degli "Open data" all'italiana*, *Giorn. dir. amm.*, 2017, 399; G. MANCOSU, *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, *federalismi.it*, 2012; F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, *Inf. dir.*, 2011, 287; F. MINAZZI, *Il principio dell'open data by default nel codice dell'amministrazione digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, *federalismi.it*, 2013; A. PELED, N. KARINE, *Towards Open Data for Public Accountability:*

che essi potrebbero fungere da strumenti di legittimazione delle istituzioni-

Examining the US and the UK Models, papers. *ssrn.com*, 2015. Tra i lavori più recenti, si segnala R. SANNA, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Torino 2018, il quale si occupa del tema soprattutto a p. 205 ss.

In relazione agli impieghi dei dati per la partecipazione, in particolare nel *rulemaking*, alla luce delle nuove tecnologie, C. COGLIANESE, *Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future*, *Duke L. J.*, 55, 2005-2006, 943; J. M. DE FIGUEIREDOT, *E-Rulemaking: Bringing Data to Theory at the Federal Communications Commission*, *Duke L. J.*, 55, 2005-2006, 969; C.R. FARINA, *Achieving the potential: the future of federal e-rulemaking. Report of the committee on the status and future of federal e-rulemaking*, *Admin. L. Rev.*, 2010, 279; R. FARINA, P. MILLER ET AL., *Rulemaking in 140 characters or less: social networking and public participation in rulemaking*, *Pace Law Rev.*, 2011, 382; C. R. FARINA, M.J. NEWHART ET AL., *Rulemaking 2.0*, *U. Miami L. Rev.*, 2010-2011, 395; H. LANDEMORE, *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, *Journ. Pol. Phil.*, 2015, 166; B. VALTYSSON, *Democracy in disguise: the use of social media in reviewing the Icelandic Constitution*, *Media, Culture & Society*, 2014, 52.

Sull'impatto dei dati sulla partecipazione, in senso più generale, si v. C. RAIOLA, *Le consultazioni telematiche delle Autorità indipendenti. Gli effetti dell'AIR su tecniche e caratteristiche*, *osservatorioair.it*, 2012; C. G. REDDICK, *Citizen interaction and e-government: evidence for the managerial, consultative, and participatory models*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, 2011, 167; N. RODEAN, *Participatory Democracy: Mechanism of Better Regulation in Europe*, *Acta U. Danubius Jur.*, 2011, 31.

In merito alla collaborazione che l'amministrazione digitale può consentire, sono intervenuti L. BLOMGREN BINGHAM, *The next generation of administrative law: building the legal infrastructure for collaborative governance*, in *Wis. L. Rev.*, 2010, 297; D. LINDERS, *From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media*, *Gov. inform. quart.*, 2012, 446; K. MCNUTT, *Public engagement in the Web 2.0 era: Social collaborative technologies in a public sector context*, *Can. Publ. Adm.*, 2014, 49; T. NAM, *Suggesting frameworks of citizen-sourcing via Government 2.0*, *Gov. inf. Quart.*, 2012, 12; M.R. VICENTE, A. NOVO, *An empirical analysis of e-participation. The role of social networks and e-government over citizens' online engagement*, *Gov. Inf. Quart.*, 2014, 379; A.M. WARREN, A. SULAIMAN, N. I. JAAFAR, *Social media effects on fostering online civic engagement and building citizen trust and trust in institutions*, *Gov. Inf. Quart.*, 2014, 291.

Le riflessioni specifiche sul tema dell'*Open Government*, sono invece in E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014; C. COGLIANESE, *The Transparency President? The Obama Administration and Open Government*, in *Governance*, 2009, 529; F. FAINI, *La strada maestra dell'open government: presupposti, obiettivi, strumenti*, *Cib. dir.*, 2013, 213; Id., *Trasparenza, apertura e controllo democratico dell'amministrazione pubblica*, *Cib. dir.*, 2014, 39; J. FISHENDEN, M. THOMPSON, *Digital government, open architecture, and innovation: why public sector it will never be the same again*, *Journ. Pub. Adm. Res. Theory*, 2012, 977; M. GASCO, HERNANDEZ, a cura di, *Open Government. Opportunities and Challenges for Public Governance*, New York 2014; K. GAVELIN-S. BURALL-E. WILSON, *Open Government: Beyond Static Measures*, 2009; D. LATHROP, L. RUMA, *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, Sebastopol 2010; W. PARKS, *The Open Government Principle: Applying the Right to Know under the Constitution*, *George Wash. Law Rev.*, 1957, 1; O. PEREZ,

ni pubbliche². Il tema appare meritevole di approfondimento, anche alla luce dell'esperienza dell'ultimo decennio e del varo di alcune riforme (tra cui in particolare quella europea sul riutilizzo dei dati).

2. *L'istanza di legittimazione delle istituzioni*

Anzitutto, ci si deve interrogare sul significato della legittimazione delle istituzioni pubbliche, rispetto alla quale gli *open data* si porrebbero come uno strumento.

Il tema è richiamato con riferimento a molteplici situazioni diverse: ad esempio, quando si affronta il nodo delle competenze e dei poteri delle autorità amministrative indipendenti³, così come

Open Government, technological innovation, and the politics of democratic disillusionment: (E-)Democracy from Socrates to Obama, I/S, Journ. Law Pol. Inf. Soc., 2012, 66; L. SARTORI, *Open Government: what else?*, *Istit. Federal.*, 2013, 753; J. SHKABATUR, *Transparency with(out) accountability: Open Government in the United States*, *Yale Law Pol. Rep.*, 2012, 79; J. TAUBERER, *Open Government Data: The Book*, 2, 2014, opengovdata.io; B. UBALDI, *Open Government Data: Towards Empirical Analysis of Open Government Data Initiatives*, *Oecd Working Papers on Public Governance*, 22, 2013; H. YU-G.D. ROBINSON, *The New Ambiguity of Open Government*, *Ucla Law Rev. Disc.*, 2012, 178.

Il tema della tecnologia, più in generale, stimola anche le riflessioni sulla trasformazione della democrazia: in questo senso, A. CHADWICK, *Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance, I/S: A Journal of Law and Policy*, 2008-2009, 9; S. COLEMAN, *Making the E-Citizen: A Socio-Technical Approach to Democracy, Connecting democracy: online consultation and the flow of political communication*, a cura di S. Coleman, P.M. Shane, Cambridge (US) 2011, 380; E. DE BLASIO, *Democrazia digitale. Una piccola introduzione*, Roma 2014; T. IM, W. CHO, G. PORUMBESCU, J. PARK, *Internet, trust in government, and citizen compliance*, *J. Public Adm. Res. Theory*, 2012, 741; B. KOHLER, KOCH, B. FINKE, *The institutional shaping of EU-society relations: a contribution to democracy via participation?*, *Journ. Civ. Soc.*, 2007, 205; F. MARCELLI, P. MARSOCCHI, M. PIETRANGELO (A CURA DI), *La rete Internet come strumento di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli 2015; K. MOSSBERGER, C. TOLBERT, *The effects of E-Government on trust and confidence in government*, *Pub. Adm. Rev.*, 2003, 66; B.S. NOVECK, *Wiki Government: how technology can make government better, democracy stronger, and citizens more powerful*, Washington D.C., 2009; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, 2, Roma-Bari 2004, 112; D. RUSHKOFF, *Open source democracy. How online communication is changing offline politics*, Londra 2003; C.R. SUNSTEIN, *Infotopia. How many minds produce knowledge*, Oxford 2006.

² Così E. MINARDI (a cura di), *Codici e paradigmi per rileggere lo sviluppo locale*, Teramo 2011, 71.

³ Intenso è stato il dibattito in merito alla legittimazione delle autorità indipendenti: sono intervenuti E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino 2000, 130; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645;

circa il fondamento dell'esistenza e dell'operato delle istituzioni europee⁴.

Come si è osservato in dottrina, secondo una lettura puramente formale del termine *legittimazione*, le istituzioni sono sempre legittimate, in quanto conformi ad un parametro giuridico (che si tratti di fonte fondamentale, primaria, sovranazionale è tema che qui non interessa affrontare)⁵.

In altro senso, si intende che la legittimazione proviene, più in radice, dalla sovranità popolare, così che è la comunità, nella quale le istituzioni nascono e vivono, che le legittima. In senso statico la sovranità popolare fonda il potere delle istituzioni e giustifica la cogenza delle decisioni all'interno di un dato ordinamento. In un'ottica contrattualistica la legittimazione appare come un processo e si fonda su un consenso che si deve rinnovare incessantemente. Secondo questa lettura, diventano molte le variabili che incidono su di essa: tra le tante, i rapporti di forza politici, le conflittualità sociali, le contingenze economiche, il ruolo dei mezzi di comunicazione di massa, gli sviluppi della cultura. Ogni elemento che possa minare la credibilità del potere finisce coll'indebolire la legittimazione,

D. CORLETTO, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALIERI, G. DELLE VEDOVE, P. DURET, *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova 2003, 114; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano 2006; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, *Quad. cost.*, 2005, 338. Tra i vari contributi in S. CASSESE, C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole. Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna 1996, si segnalano in particolare M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, 107: al problema per cui dette autorità non sarebbero provviste di legittimazione democratica, in quanto i vertici, scelti sulla base delle competenze, non vengono eletti e operano sulla base di una legittimazione tecnocratica, nonché al conseguente problema relativo al riconoscimento di poteri normativi in loro favore, che sarebbe in contrasto con i principi della democrazia rappresentativa, si è replicato che opera in soccorso la succedanea esistenza di un procedimento partecipativo, in cui i soggetti interessati possano fare valere le proprie ragioni, in combinato disposto con l'indicazione legislativa degli scopi di interesse pubblico da perseguire. La garanzia della partecipazione non può però essere sostituita dalla motivazione del provvedimento, e la motivazione stessa deve darne atto, a pena di illegittimità.

⁴ In merito al *deficit democratico*, B. RITBERGER, *Building Europe's Parliament. Democratic Representation Beyond the Nation State*, Oxford 2005; A. MANZELLA, *Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali come Sistema*, *Rivista AIC*, 1/2015; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna Parlamentare*, 2008, 925; J.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna 2003.

⁵ Affronta il tema con grande chiarezza concettuale Q. CAMERLENGO, *Ritratto costituzionale della legittimazione politica*, *Rivista AIC*, 2016, 3.

per cui la legittimazione costituirebbe un fondamento *effimero e fragile*, non governabile facilmente⁶.

Il tema è affrontato quando si discute della cd. crisi delle democrazie rappresentative, e, in particolare della partecipazione dei cittadini, intesa in senso lato⁷: le manifestazioni più evidenti sono ritenute da un lato l'astensione elettorale e il disinteresse verso i partiti politici (con una contestuale avversione nei confronti della politica); dall'altro una generale sfiducia nei confronti dell'operato delle istituzioni, in quanto l'organizzazione e l'apparato politico sono accusati di tendenza all'autoreferenzialità e all'autoconservazione; ancora, contribuisce a rafforzare questo fenomeno l'emersione di centri transnazionali di produzione di regole, non sottoposti ai meccanismi di responsabilità (c.d. *accountability*) propri degli ordinamenti statali⁸.

Se il fondamento della legittimazione va rinvenuto nel consenso sociale, le istituzioni delegittimate dal declino dello stesso, a prescindere dall'effettiva investitura popolare *ab origine*, finirebbero per porsi in contrasto con il principio di democraticità, e risulterebbero incapaci di assolvere al loro ruolo di interpreti degli interessi comunitari⁹.

La prima indicazione che viene è che la legittimazione delle istituzioni democratiche e, fra queste, dell'amministrazione, non possa esaurirsi nel solo veicolo elettorale: la legittimazione si otterrebbe, in questo senso, con l'acquisizione del consenso dei destinatari alle decisioni assunte dall'autorità. Il che però, si anticipa, pone il tema della variabilità della propensione dei consociati al confronto dialettico e alla adesione alle scelte del potere¹⁰.

L'agire amministrativo, a tal riguardo, partecipa dello stesso fenomeno di delegittimazione: quest'ultimo ha le proprie cause, in aggiunta al fenomeno già indicato relativo alla pluralità di centri di potere, nel diffuso senso

⁶ Sempre Q. CAMERLENGO, *Ritratto costituzionale della legittimazione politica*, cit., 23.

⁷ Sul tema della crisi della rappresentanza politica, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, Milano 2001; Id., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, Rivista AIC, 2003; G. PASQUINO, *I problemi della rappresentanza politica*, in *XXI Secolo*, 2009, *Treccani.it*.

⁸ Sul tema della crisi di fiducia nelle istituzioni, con particolare riferimento all'amministrazione, F. PATRONI GRIFFI, *Élite politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforme dell'amministrazione*, *federalismi.it*, 2017 e, più in generale, sulla fiducia nella società, L. VIOLANTE (a cura di), *La fiducia nelle società democratiche*, Soveria Mannelli 2014.

⁹ S.J. GOULD, *Legitimacy*, in V. BOGDANOR (ed.), *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, Oxford-New York 1987, 333.

¹⁰ I. MARINO, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuove autonomie*, 2007, 197 e ss.

d'insoddisfazione per l'operato dei dirigenti, nella scarsità di risorse economiche e strumentali, nella difficoltà delle amministrazioni di offrire un servizio competitivo ed efficiente, di effettuare valutazioni tecniche complesse e di risolvere questioni complesse, nella permanente elevata conflittualità, nella difficoltà di una tutela dei beni comuni e degli interessi sensibili¹¹.

Il problema del *deficit* democratico, in particolare riguardo la legittimazione dell'operato dell'amministrazione, consiste nel fatto che il potere esecutivo, a causa dell'interventismo proprio del *welfare state*, ha esteso funzioni e influenza, senza che ciò sia stato compensato da un incremento del controllo legislativo o giudiziario¹²; inoltre, l'attuale scenario richiede ai poteri pubblici interventi rapidi, di ampia portata, e l'esercizio di un'ampia discrezionalità, il che rende impensabile un ritorno al primato assoluto della legge¹³. Risulta così in crisi il paradigma weberiano, radicato su una pubblica amministrazione gerarchica, professionale e politicamente neutrale, che rinviene il fondamento della propria azione nella legge (quest'ultima prodotta da un corpo rappresentativo eletto democraticamente), da applicare in un quadro di legittimazione democratica indiretta¹⁴.

3. *La partecipazione (in senso lato) come fonte di legittimazione*

Appare plausibile che cittadini meglio informati siano maggiormente in grado di comprendere e accettare il fondamento delle decisioni che li riguardano e di meglio organizzare le situazioni in cui vivono; così come che siano meglio in grado di contribuire ai processi democratici, qualora siano chiamati a partecipare attivamente alla formazione di decisioni, politiche o alla soluzione di problemi pubblici.

Specifico valore legittimante può perciò essere assunto dalla previsione di efficaci forme di partecipazione¹⁵.

¹¹ Sulle cause di crisi, tra i molteplici contributi, si segnalano S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1 e M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 4°, Torino 2019, 389.

¹² B. BUGARIC, *Openness and transparency in public administration: challenges for public law*, *cit.*, 483.

¹³ J. HIRSCH, *The state's new clothes: NGOs and the internationalization of states*, *Rethinking Marxism*, 2003, 237.

¹⁴ M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano 1961, 271, 697.

¹⁵ Sul punto M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, *Dir. amm.*, 2002, 283.

Si è rilevato come sia in corso un processo di graduale avvicinamento delle istituzioni ai cittadini. Se nel XIX secolo, in presenza di una ridotta partecipazione politica, il rapporto con le istituzioni pubbliche era caratterizzato dall'adempimento dei obblighi di leva militare e dal versamento dei tributi; con il riconoscimento del suffragio universale, e anche in virtù dello stesso, il processo di maggiore coinvolgimento dei cittadini si è intensificato, fino a che si discute di una cittadina amministrativa a fianco a quella politica, caratterizzata dalla garanzia della partecipazione immediata e continuativa dei cittadini ai processi decisionali pubblici ad ogni livello dell'ordinamento¹⁶. In questo senso, la partecipazione, collocata fin dalla fine del Settecento nell'alveo della democrazia rappresentativa, ora, sulla scorta delle esperienze anglosassoni e latino-americane, è orientata alla partecipazione alle decisioni pubbliche¹⁷.

Segno di questa nuova concezione è, come noto, il d.lgs. 33/2013 (cd. decreto trasparenza), il quale, al novellato comma 2 dell'art. 1 (d. lgs. 97 del 2016), pone lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la *partecipazione al dibattito pubblico*¹⁸.

¹⁶ M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, Osservatorio AIC, 2016. Tra i primi a cogliere le modificazioni del rapporto tra cittadini e amministrazione A. ROMANO, *Il Cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80, Atti del XXX Convegno di studi della scienza dell'amministrazione*, Milano 1987, 160.

¹⁷ Ancora M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, cit.

¹⁸ Tra i contributi recenti sulla trasparenza, pubblicati successivamente alla pubblicazione del d. lgs. 97 del 2016: S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, *Dir. amm.*, 2017, 65; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, *Dir. amm.*, 2016, 579; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA [Freedom Of Information Act] (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, federalismi.it*, 2016; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. la fine della trasparenza di Bertoldo (Commento a d.lg. 25 maggio 2016, n. 97)*, *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593; D.U. GALETTA, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham*, *Dir. soc.*, 2017, 43; M. GIORGIO, *Trasparenza e pubblicità dei dati delle pubbliche amministrazioni (Commento a delib. ANAC 28 dicembre 2016, n. 1310)*, *Giorn. dir. amm.*, 2018, 109.

Con accenti critici, C. P. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, *Dir. soc.*, 2017, 577; A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, *Dir. Amm.*, 2017, 601; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, *federalismi.it*, 2017.

Sulla trasparenza in generale, per limitarci ai contributi che sono stati maggiormente tenuti presente, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, *Diz. dir. pub.*, a cura di S. Cassese, VI, Milano 2006, 5945; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi del-*

In senso critico, si osserva che nel nostro ordinamento la partecipazione è rimasta ristretta all'intervento dei privati nel procedimento amministrativo, regolato in maniera precisa dalla normativa, ed è colpevole di non essere sufficientemente inclusiva e dialogica, e di far prevalere nei confronti dell'amministrazione un approccio difensivo rispetto a quello collaborativo, sebbene un effetto collaborativo, persino se non voluto, si produca sempre¹⁹.

In questo senso, si è sostenuto che superare la partecipazione ristretta ai soggetti che possono essere incisi negativamente dall'azione amministrativa potrebbe aiutare, in una veste inclusiva e nell'ottica della collaborazione, della riduzione del contenzioso, del miglioramento dell'istruttoria²⁰.

5. *Gli open data come strumenti per la legittimazione*

L'attenzione ad una maggiore trasparenza e partecipazione è cresciuta anche perché l'evoluzione tecnologica rende possibili nuove forme di coinvolgimento dei cittadini. In questa ottica va valutato se si possano collocare, come strumento principale per favorire questa partecipazione, gli *open data*.

La trasparenza amministrativa, Dir. pub., 2009, 790; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, Dir. econ., 1994, 613; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, Dir. pub., 2007, 99; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, *astrid-online.it*, 2009; F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008; A. MOLITERNI, *Il principio di trasparenza: recenti tendenze e prospettive future*, Riv. it. sc. giur., 2014, 475; A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli 2015; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lg. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013.

¹⁹ Sull'aspetto difensivo, si v. in questo senso P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva servizi (2006/123)*, Napoli 2008. Sulla partecipazione la dottrina è copiosa: tra i molteplici lavori, in particolare i recenti contributi di M. D'ALBERTI, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. un'analisi comparata (Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Bergamo, 5-7 ottobre 2017)*, Dir. pub., 2018, 61; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico (Relazione al convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo"*, Torino, 29 maggio 2017), Dir. amm., 2017, 209.

²⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, Enc. dir., *Annali*, V, Milano, 2011, 271; R. BIFULCO, «*Democrazia deliberativa*», in Enc. dir., *Annali*, IV, Milano, 2011, 271. Su questi temi si v. anche G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29; L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, Dem. dir., 2007, 11.

Il fenomeno degli *open data* costituisce la voce più importante della più ampia iniziativa internazionale *Open government Partnership*²¹, alla quale ha aderito anche il governo italiano, insieme ad altri 78 paesi.

Gli *open data* sono dati pubblici, che vengono raccolti nell'ambito dell'azione amministrativa²² e messi a disposizione per incentivare la partecipazione alla gestione della cosa pubblica. Secondo la definizione più autorevole, contenuta sul sito di riferimento, *Opendefinition.org*, *aperti* sono i *dati* che possono essere liberamente utilizzati, riutilizzati e ridistribuiti a chiunque, eventualmente soddisfatte la necessità di citarne la fonte e di condividerli con lo stesso tipo di licenza con cui sono stati originariamente rilasciati. Generalmente le caratteristiche degli stessi sono identificate in tre formule: *disponibilità e accesso; riutilizzo e redistribuzione; partecipazione universale*²³. I dati devono essere rilasciati a un costo non superiore a quello sostenuto per la riproduzione e devono essere disponibili in un formato modificabile²⁴, in quanto tutti gli utenti devono poterli riutilizzare facilmente e combinarli con altri *dataset*.

²¹ Gli obiettivi principali sono: una maggiore trasparenza dell'azione di governo, il sostegno alla partecipazione dei cittadini alle scelte pubbliche, la lotta alla corruzione e la promozione dell'innovazione nel settore pubblico.

²² Art. 50 del CAD: *Disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. I dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati.*

²³ Uno dei manifesti di riferimento, *The Fair Data Principles*, afferma che i dati di qualità debbano essere rintracciabili, accessibili, interoperabili e riutilizzabili: *force11.org/group/fairgroup/fairprinciples*. Sul punto, si veda come ha recepito questi tre principi l'ordinamento italiano, in quanto, *ex art. 1 lett. 1-ter del CAD*, sono *dati di tipo aperti: i dati che presentano le seguenti caratteristiche: 1) sono disponibili secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; 2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera l-bis), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati; 3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione salvo quanto previsto dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36.*

²⁴ Le caratteristiche sono indicate sul sito *opendatabandbook.org*: in merito ai costi, è da osservare che la creazione dei *dataset*, il mantenimento dei dati e la rielaborazione necessaria per renderli accessibili a chiunque possono essere onerosi, laddove invece il costo di produzione dei dati in sé è basso, dal momento che essi sono aggiornati e raccolti in maniera continuata ed automatica (F. SCIACCHITANO, *Disciplina e utilizzo degli Open Data in Italia*, *Medialaws.eu*, 289). Sul punto, si v. F. WELLE DONKER, *Funding Open Data*,

I dati dal punto di vista economico sono qualificabili come *commons*, in quanto si parla di beni non rivali, inesauribili e accessibili a chiunque; però anche essi sono soggetti a recinzione, in quanto possono essere, in virtù di accordi e prassi, oggetto di appropriazione esclusiva da parte di singoli²⁵.

Dal lato dell'offerta di *open data* non troviamo solo i soggetti pubblici: anche i cittadini stessi possono produrre, e comunque producono, dati (che possono decidere o meno di rendere disponibili, o che i soggetti pubblici che li detengono possono rendere pubblici, eventualmente dopo un processo di anonimizzazione, conformemente alla normativa e nel rispetto della tutela dei dati personali); in questo senso, è la detenzione dei dati da parte dei soggetti pubblici che rende possibile l'apertura.

Una data particolarmente significativa per la regolazione dei dati aperti è costituita dall'8 dicembre del 2009, quando è stata emanata dal presidente degli Stati Uniti l'"*Open Government Directive*" per promuovere la trasparenza amministrativa, la partecipazione dei cittadini e la collaborazione tra pubbliche amministrazioni, imprese e associazioni²⁶. L'azione, si è osservato, mirava a responsabilizzare i cittadini e influenzare in modo trasparente le politiche pubbliche, realizzando così quella parificazione che promuove la legittimazione²⁷. Altra tappa fondamentale è costituita dal Maggio 2013, quando è stato firmato un *executive order* che dichiarava tutte le informazioni governative aperte e leggibili dalle macchine di *default*²⁸.

L'impatto di questa direttiva, frutto delle istanze dei movimenti per l'apertura dei dati che in quegli anni si andavano affermando²⁹, è stato

in *Open Data Exposed, Information Technology and Law*, a cura di B. van Loenen et al., 2018, 55.

²⁵ Emblematicamente, viene richiamata la *tragedia dei beni comuni* anche con riferimento ai dati aperti: J. YAKOWITZ, *Tragedy of the Data Commons*, *Harv. Journ. Law Tech.*, 2011, 1. La letteratura sui beni comuni è ampia: si rinvia al numero monografico di *Dir. soc.*, 2016, 375 ssg.

²⁶ Nel successivo maggio del 2013 il Presidente degli Stati Uniti ha emanato il *Memoandum Open data (Executive Order Making Open and Machine Readable the New Default for Government Information)*, per definire le caratteristiche degli *Open Data*.

²⁷ La considerazione è di V. PATRUNO, *Dieci anni di open data: ora servono "dati vivi"*, *forumpa.it*.

²⁸ Altra rilevante indicazione contenuta nell'*Order* è quella che stabilisce che i dipartimenti esecutivi e le agenzie debbano gestire le informazioni come un bene, attraverso il suo ciclo, per promuoverne apertura e l'interoperabilità, a salvaguardare in maniera adeguata i sistemi e le informazioni: viene, in altri termini, precisato che l'apertura è un processo e non può essere ridotta al compimento di un unico atto.

²⁹ Come testimonia S. CHIGNARD, *A brief history of Open data*, *parisinnovationreview.com*, 2014.

globale, e lo strumento per promuovere *trasparenza, partecipazione e collaborazione* sono stati appunto i dati pubblici.

Le nuove tecnologie potrebbero così porsi come lo strumento in grado di far meglio fronte alle sfide della legittimazione e di consentire uno sviluppo più inclusivo e non gerarchico. I cittadini coinvolti accrescerebbero la loro fiducia nelle istituzioni³⁰, approfittando della loro aspirazione a volere partecipare alla gestione del bene pubblico³¹, peraltro mediante l'uso degli stessi strumenti che alimentano la sfiducia, se è vero che, quanto più i cittadini usano le ICT, tanto più diminuisce il loro rispetto nei confronti del governo³². Si è pensato quindi che le ICT possano offrire, mediante l'apertura dei dati, quella legittimazione che altrimenti non sarebbe possibile recuperare³³.

Ci sono poi i fini indiretti che si ritiene si possano perseguire: a fianco alle già citate legittimazione delle istituzioni, democratizzazione del rapporto tra cittadino e amministrazione e accrescimento della fiducia dei cittadini nei poteri pubblici si legherebbero il coinvolgimento dei cittadini nel cambiamento organizzativo e la responsabilizzazione dell'amministrazione³⁴ e, comunque, la diffusione di informazioni comporterebbe benefici per la popolazione in termini di conoscenza, formazione dell'opinione pubblica, progresso sociale.

Con gli *open data* si osserva che si possono infatti potenziare la trasparenza, la deliberazione, la partecipazione.

Nel primo senso, la trasparenza derivante dall'apertura dei dati può essere intesa secondo due modelli, che costituiscono due facce della stessa medaglia, e rivestire quindi due funzioni.

³⁰ Thomas Jefferson, in una lettera a Samuel Kercheval Monticello del 12 luglio 1816: «*making every citizen an acting member of the government, and in the offices nearest and most interesting to him, will attach him by his strongest feelings to the independence of his country, and its republican constitution*», *let.rug.nl*

³¹ Secondo la suggestione di L. SARTORI, *Open Government: what else?*, Istit. Federal., 2013, 753.

³² T. IM, W. CHO, G. PORUMBESCU, J. PARK, *Internet, Trust in Government, and Citizen Compliance*, *Journ. Publ. Admin. Res. Th.*, 2014, 741, i quali osservano che quanto maggiore è il ricorso a *internet* dei cittadini, minore è la fiducia nelle istituzioni, e ipotizzano che il ricorso all'*e-government* possa invertire la rotta.

³³ B. BUGARIC, *Openness and transparency in public administration: challenges for public law*, *Wiscon. Intern. law journ.*, 2004, 484.

³⁴ Riguardo all'idea che il potere si fondi sulla gestione dei dati e che quindi il processo di apertura dei dati accrescerebbe la democraticità del sistema, si v. F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Milano 2008, 4.

Secondo un primo approccio, grazie ai dati aumentano le possibilità di controllo sull'operato del potere pubblico, anche senza che i cittadini debbano necessariamente essere proattivi, in quanto possono continuare ad attendere alle proprie occupazioni, e al tempo stesso evitare dei danni ai propri interessi o a quello generale; questa visione sottende un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'amministrazione.

Secondo un altro approccio, la trasparenza che fornisce maggiori informazioni e dati, e che realizza una democratizzazione dell'interpretazione degli stessi (che non è più riservata al Governo), è uno stimolo alla partecipazione, in un'ottica di alleanza tra amministrazione e cittadino³⁵.

In questa ottica, la dottrina statunitense ha evidenziato come la disciplina del FOIA e quella sull'*open government* siano distinte, anche se strettamente correlate: se infatti la prima serve ad acquisire conoscenza sul potere pubblico, affinché i cittadini possano combattere la corruzione e mantenere la responsabilità sui controllori, l'approccio della seconda aggiunge al riferimento alla trasparenza quello alla partecipazione e alla collaborazione; in questo senso, il FOIA viene ritenuto uno strumento, una voce dell'*Open Government*, insieme al bilancio partecipato e alle petizioni elettroniche³⁶ ed è spesso correlato agli *open data*³⁷.

Simili valutazioni possono essere effettuate anche rispetto al nostro ordinamento: il d. lgs. 33 del 2013, cd. *trasparenza*, si occupa di *pubblicazione* dei dati, laddove la normativa contenuta nel codice dell'amministrazione digitale (cd. CAD), d. lgs. 82 del 2005, si occupa strettamente di *dati aperti*.

Nel secondo senso, il rilascio di dati e informazioni può adiuvarne la realizzazione di un dibattito aperto finalizzato alla presa di una decisione³⁸, ma anche a definire strategie e implementare politiche: si ampliano

³⁵ Nella letteratura statunitense si fa riferimento alla trasparenza *fishbowl* (vaschetta del pesce) e alla trasparenza *reasoned* (ragionata) (C. COGLIANESE, *The Transparency President? The Obama Administration and Open Government, Governance*, 2009, 529): la capacità di sorvegliare, rendere pubblici i comportamenti e gli incontri è oggi resa possibile dagli strumenti tecnologici; così come la capacità di rendere evidenti le ragioni che sottostanno ad una decisione è potenziata dall'informatizzazione, ma dipende soprattutto dalla maturità dell'ordinamento in generale.

³⁶ Sul rapporto tra FOIA e *Open Government*, si v. B. S. NOVECK, *Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency*, *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, 2017, 1. Sulla esperienza statunitense sull'accesso e l'informazione, fondamentale è il lavoro di G. ARENA, *La "Legge sul diritto alla informazione" e la pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti*, *Pol. dir.*, 1978, 279.

³⁷ Si v. il principio 5 della *Open Data Charter*, su cui *infra*.

³⁸ Sul punto, si ampliano gli strumenti, ma valgono i pro e i contro identificati dal-

– almeno in teoria – la possibilità di partecipazione³⁹ e la gamma di strumenti per il dibattito pubblico.

Nel terzo senso, infine, dati e informazioni sono la materia prima per attivare forme di collaborazione. Le possibili implicazioni di questa terza voce restano ancora oggi abbastanza indefinite: se generalmente, in riferimento alla partecipazione, si intende il contributo che il cittadino può dare all'attività autoritativa dell'amministrazione, nel caso della collaborazione si intende il contributo alla prestazione di servizi⁴⁰. L'espressione statunitense *citizen sourcing*, utilizzata per questo fenomeno, ha punti in comune con il nostro principio di sussidiarietà orizzontale: l'amministrazione si può avvalere di un ampio e indefinito numero di cittadini come risorsa⁴¹. I cittadini forniscono informazioni, segnalano inefficienze, interagiscono con i gestori di servizi (in ogni settore, dalla sanità alla mobilità, all'energia, all'istruzione, alla sicurezza, ai servizi sociali e culturali).

Si tratta di un modello contrapposto a quello dell'esternalizzazione invalso negli anni novanta del secolo scorso, in quanto non vi è un ricorso ai privati in sostituzione del pubblico⁴², ma questi ultimi sono intesi come partecipanti, non come utenti o consumatori⁴³, e il loro contribu-

la dottrina per istituti quali l'inchiesta pubblica e il dibattito pubblico: S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. saggio di diritto comparato*, Riv. trim. dir. pub., 2007, 13; L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, Riv. trim. dir. pub., 2007, 43; P. CHIRULLI, *Istituti di partecipazione e semplificazione amministrativa*, *Italiadecide. Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, a cura di C. Pinelli, 2015, 311; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano 2010.

³⁹ Sulla partecipazione, basti indicare i lavori di S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000; A. CROSETTI, F. FRACCHIA, a cura di, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano 2002.

⁴⁰ J.VO LUCKE, K. GROSSE, *Open Government Collaboration. Opportunities and Challenges of Open Collaborating With and Within Government*, *Open Government. Opportunities and Challenges for Public Governance*, cit., 189.

⁴¹ D. LINDERS, *From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media*, *Gov. inform. quart.*, 2012; T. NAM, *Suggesting frameworks of citizen-sourcing via Government 2.0*, *Gov. inf. quart.*, 12. Sul principio di sussidiarietà, per quanto non si faccia riferimento all'uso della telematica, si segnalano V. CERULLI IRELLI, «Sussidiarietà (dir. amm.)», *Enc. giur.*, XII, Roma 2003; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, *Foro amm Cds*, 2009, 2909; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari, 2006; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino 2010.

⁴² D. LINDERS, cit., 6; T. NAM, cit., 12.

⁴³ S. RODOTÀ, cit., XIV; M. MARGOLIS, G. MORENO, RIA HO, *E-Government, custom-*

to è ritenuto significativo sia per l'eventuale apporto concreto che per l'accrescimento generale della fiducia nelle istituzioni⁴⁴. Appare eccessivo ritenere che si realizzi così una condivisione della gestione dei servizi, o una "co-produzione"⁴⁵, ma forme di collaborazione possono riguardare l'elaborazione, l'esercizio, il monitoraggio (si pensi alla rilevazione della qualità) di un servizio e i contributi soprattutto possono essere utili ad una migliore gestione dei servizi stessi, affinché essi siano maggiormente plasmati sulle esigenze degli amministrati. In questo senso, la sussidiarietà non riguarda tanto la sostituzione del soggetto privato al pubblico, quanto il coinvolgimento in nuove forme di collaborazione.

E, del resto, costituisce una forma di collaborazione anche la messa a disposizione dei dati al cittadino, affinché questi li possa usare per i fini più disparati⁴⁶, anche per sviluppare dei servizi⁴⁷, i quali, in quanto connessi a servizi pubblici, indirettamente contribuiscono al miglioramento di questi ultimi.

Queste idee sono diventate patrimonio comune e globale con la pubblicazione, un mese dopo l'*order* del 2013, della *Open Data Charter*, promossa dal G8, contenente, tra i propri principi, uno espressamente riferito al miglioramento della *governance* e al coinvolgimento dei cittadini⁴⁸.

ers and citizens, Understanding E-Government in Europe: Issues and challenges, a cura di G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal, Londra-New York 2010, 86; l'immagine del consumatore è anche in M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 287.

⁴⁴ Su quest'ultimo aspetto, si v. A.M. WARREN-A. SULAIMAN, N.I. JAAFAR, *Social media effects on fostering online civic engagement and building citizen trust and trust in institutions*, *Gov. Inf. Quart.*, 2014, 291; K. MOSSBERGER, C. TOLBERT, *The effects of E-Government on trust and confidence in government*, *Pub. Adm. Rev.*, 2003, 66.

⁴⁵ S. MARTIN, *Engaging with citizens and other stakeholders*, *Public management and governance*, a cura di T. Bovaird, E. Löffler, Londra 2009, 279.

⁴⁶ D. LINDERS, *From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media*, cit., 3.

⁴⁷ M.J. AHN, *Whither E-Government? Web 2.0 and the Future of E-Government*, in *Web 2.0 Technologies and Democratic Governance*, *Pub. Adm. Inf. Tech.*, 2012, Vol. 1, Part 2, 169.

⁴⁸ Principle 5 – *For Improved Governance and Citizen Engagement*.

We recognize that the release of open data strengthens the governance of and trust in our public institutions, reinforces governments' obligation to respect the rule of law, and provides a transparent and accountable foundation to improve decision-making and enhance the provision of public services. We recognize that open data encourages better development, implementation, and assessment of programs and policies to meet the needs of our citizens, and enables civic participation and better informed engagement between governments and citizens. We recognize that engagement and consultation with citizens and civil society and private sector organizations can help governments understand which types of data are in

Gli open data nelle riforme europee tra efficienza e democraticità.

A livello europeo⁴⁹ è stata di recente ribadita l'importanza dei dati pubblici⁵⁰, e anzi si è deciso di potenziarne il ricorso, attraverso la nuova direttiva 2019/1024/UE, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, che ha sostituito la direttiva sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (2013/37/UE, Direttiva

high demand, and, in turn, can lead to improved data prioritization, release, and standardization practices. We recognize that city or local governments are often the first point of interaction between citizens and government, and that these governments therefore have a crucial role in supporting citizen engagement on open data.

We will: Implement oversight and review processes to report regularly to the public on the progress and impact of our open data initiatives; Ensure that information published as a result of transparency or anticorruption laws is released as open data; Provide training programs, tools, and guidelines designed to ensure government employees are capable of using open data effectively in policy development processes; Engage with the Freedom of Information / Access to Information / Right to Information community to align the proactive release of open data with governments' obligation to release information on request; Engage proactively with citizens and civil society and private sector representatives to determine what data they need to effectively hold governments accountable; Respect citizens' right to freedom of expression by protecting those who use open data to identify corruption or criticize governments; Encourage the use of open data to develop innovative, evidence-based policy solutions that benefit all members of society, as well as empower marginalized communities.

⁴⁹ Ci si occuperà in questo lavoro dell'ordinamento europeo. Appare tuttavia importante segnalare che a metà aprile negli Stati Uniti è entrato in vigore l'*OPEN Government Data Act* (dove OPEN sta per *Open, Public, Electronic, and Necessary*), legge *bipartisan* che stabilisce l'obbligo di pubblicazione dei dati di tipo non sensibile prodotti dalle agenzie federali in formato leggibile dalle macchine e secondo licenze che impediscano qualsiasi forma di restrizione al loro utilizzo. Si istituisce la figura dello *Chief Data Officer*, con il compito di gestire la produzione e il rilascio dei dati per garantire l'adempimento delle amministrazioni agli obblighi normativi. Si sancisce il criterio dell'*open by default* per i dati governativi. La norma prevede anche l'istituzione dello *Chief Data Officer Council*, con il compito di consulenza del Governo per lo sviluppo di nuove politiche e strategie in materia di *open data*, presso il quale i vari *Officer* scambieranno esperienze e strategie. La normativa prevede il supporto dell'*Office of Management and Budget* statunitense per la formazione di inventari, che devono essere di consultazione più agevole per gli utenti. I dati dovranno essere pubblicati su un portale pubblico, liberamente accessibile a chiunque.

⁵⁰ L'interesse dell'Unione europea è anche testimoniato dai diversi *report* sviluppati negli ultimi anni: tra questi i più rilevanti sono *The economic benefits of Open Data* che esamina i benefici dell'utilizzo degli *Open Data* dal punto di vista economico; *The future of Open Data Portals*, che si occupa della sostenibilità temporale delle iniziative; *Barriers in working with Open Data* che affronta gli ostacoli al pieno sfruttamento dei dati; *Recommendations for Open Data Portals: from setup to sustainability* che si occupa di in particolare di *governance*, finanziamento e valutazione e che, tra l'altro, ha raccomandato ai portali la predisposizione e la raccolta di indicatori; *Re-using Open Data* che indaga l'utilizzo commerciale dei dati da parte del settore privato; fino al più recente *Ensuring the economic sustainability of open data portals: understanding impact and financing*.

PSI)⁵¹. Sebbene la direttiva si ponga come un aggiornamento e un potenziamento della precedente, non stravolgendone i contenuti, diversi punti sono meritevoli di sottolineatura.

In linea generale, il tema dell'apertura dei dati viene preso sul serio: in primo luogo, ciò appare evidente sin dalla riformulazione del titolo⁵², che non conteneva un simile riferimento nella precedente versione.

In secondo luogo, la direttiva punta alla più ampia applicazione soggettiva possibile della disciplina: essa infatti punta a promuovere il riutilizzo dei dati sia delle amministrazioni dello Stato e di ogni altro livello territoriale che dei soggetti privati finanziati o controllati dai soggetti pubblici, compresi musei, biblioteche ed archivi (fatti salvi i settori dell'istruzione e della ricerca, nonché radiotelevisivo)⁵³. La direttiva si estende alle imprese pubbliche operatrici di servizi pubblici (acqua, energia, trasporti, servizi postali), sebbene si preveda la possibilità e non l'obbligo di rendere questi dati disponibili: tuttavia, una volta esercitata questa possibilità, essi rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva.

In terzo luogo, la disciplina, sul solco della precedente formulazione, afferma la gratuità dei dati, anche se, innovando rispetto al passato, presta grande attenzione ai dati di valore e al loro possibile potenziale commerciale. Infatti, da un lato segnala come tutti i contenuti del settore pubblico accessibili ai sensi delle norme nazionali debbano essere resi disponibili gratuitamente per il riutilizzo e stabilisce che gli enti pubblici non potranno imporre tariffe superiori ai costi marginali per il riutilizzo, tranne che in casi eccezionali (ad es. per i dati prodotti nell'ambito della

⁵¹ La Commissione europea aveva pubblicato nel 1998 il *Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione. L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*. L'Italia peraltro è stata oggetto di incompleto e scorretto recepimento della Direttiva PSI 2003/98 in riferimento ai dati ipotecari e catastali (IP/09/425). Si vedano in particolare la Comunicazione *Dati aperti Un motore per l'innovazione, la crescita e una governance trasparente* COM (2011) 882 e la Comunicazione *Verso uno spazio comune europeo dei dati* SWD (2018) 125. In mezzo, la *Strategia europea per il mercato unico digitale in Europa* (2015), che ricomprende anche questa politica. In dottrina, si v. A. ALEMANNI, *Unpacking the principle of openness in EU Law. Transparency, participation and democracy*, *Eur. Law Rev.*, 2014, 72.

⁵² L'*European Data Portal* stimava in 325 miliardi di euro il valore di mercato degli *Open Data* nel periodo 2016-2020, 100.000 i nuovi posti di lavoro e 1,7 miliardi di euro di risparmio per la Pubblica Amministrazione: europeandataportal.eu.

⁵³ Anche se per musei, archivi, biblioteche, in virtù del possibile elevato valore economico dei dati, è prevista la deroga ai principi di gratuità o di pretesa dei costi marginali (cons. 38, 49, 55, 65; artt. 1 comma 2 lett. j, 3 comma 2, 4 comma 3, 6 comma 2, 14 comma 4).

ricerca finanziata con fondi pubblici o per i dati di imprese pubbliche)⁵⁴. Nel caso di dati di ricerche oggetto di finanziamento pubblico bisognerà sviluppare politiche di accesso pubblico e facilitare il riutilizzo di dati già contenuti in pubblici archivi⁵⁵. Da un altro lato, appunto, essa mostra grande attenzione per i *dataset* cd. ad alto valore (contenenti statistiche, dati geospaziali, metereologici, ambientali, di mobilità): si tratta di dati a notevole potenziale commerciale che, negli auspici dell'Unione, possono accelerare lo sviluppo di un'ampia gamma di prodotti e servizi di informazione a valore aggiunto, compreso quello della Intelligenza Artificiale; la Commissione dovrà identificare questi *dataset*, che saranno soggetti a regole peculiari, e che dovranno essere forniti gratuitamente⁵⁶.

In quarto luogo, si tenta di impedire che il carattere dell'apertura dei dati venga meno: in merito ai rapporti tra pubblico e privato, si punta a rafforzare la trasparenza dei relativi accordi e a impedire la conclusione di accordi che potrebbero portare a un riutilizzo esclusivo dei dati pubblici da parte dei privati⁵⁷.

E purtroppo, con rilievo particolare al tema in oggetto, se l'attenzione per i dati pubblici è sicuramente maggiore che in passato, non compare nel testo della direttiva alcun riferimento al tema della legittimazione delle istituzioni, inteso nel senso più ampio possibile: si può leggere solo in un passaggio che *rendere pubblici tutti i documenti generalmente disponibili in possesso del settore pubblico - concernenti non solo il processo politico ma anche quello giudiziario e amministrativo - rappresenta uno strumento fondamentale per ampliare il diritto alla conoscenza, che è principio basilare della democrazia*⁵⁸. Si ritornerà sul punto *infra*, in sede di considerazioni conclusive.

6. La scarsa diffusione e qualità degli open data in Italia

Il grande nodo, una volta introdotta la normazione sugli *open data*, riguarda, in ogni ordinamento, quantità e qualità dei *data set* disponibili.

⁵⁴ Gli Stati membri saranno tenuti a elaborare politiche per l'accesso aperto ai dati della ricerca finanziata con fondi pubblici, mentre a tutti i dati di tale natura, resi accessibili tramite archivi, saranno applicate norme armonizzate in materia di riutilizzo.

⁵⁵ Conss. 27-28; art. 10.

⁵⁶ Art. 13.

⁵⁷ Il tema è affrontato in diversi punti. Si v. in particolare conss. 48-51 e art. 12.

⁵⁸ Cons. 43.

A livello nazionale, il ruolo di incentivazione che hanno rivestito gli organi centrali in questi anni ha incrementato la quantità di dati resi disponibili⁵⁹: sebbene le iniziative italiane e i *dataset* rilasciati siano quantitativamente molto inferiori a quelli statunitensi o britannici, il numero dei dati è in crescita⁶⁰; di contro, si è notato come il ritardo nell'adozione dell'accesso civico generalizzato non abbia favorito un significativo incremento dei dati⁶¹.

Il tema comunque è oggetto di attenzione, tanto che è stato inserito nel *Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019-2021*⁶². I dati che sarebbe bene potere aprire sono quelli relativi alle opere culturali, quelli prodotti come parte di una ricerca, quelli finanziari, come bilanci e informazioni sui mercati finanziari, quelli statistici e gli indicatori economici, quelli relativi a clima ed ambiente, quelli relativi all'organizzazione e all'attività degli enti pubblici.

A livello territoriale, mentre le Regioni hanno reso disponibili diversi *data set*⁶³, più preoccupante è invece la situazione nei Comuni, i quali possiedono una parte consistente dei dati di interesse pubblico, in parti-

⁵⁹ Nell'ultima rilevazione del Portale Europeo dei dati, l'*Open Data Maturity*, relativa al periodo luglio 2016 - giugno 2017, l'Italia si è posizionata tra i *Trendsetters* e non più tra i *followers*: *europeandataportal.eu*. Nel *Global Open Data index*, curato dalla *Open Knowledge Foundation*, l'Italia è in 32° posizione (preceduta da Francia, Germania, Regno Unito, Stati Uniti), *index.okfn.org*. Nell'*Open Data Barometer*, curato dalla *World Wide Web Foundation*, l'Italia è al 15° posto, *opendatabarometer.org*. La prima adozione di un catalogo di dati risale al maggio 2010, nella Regione Piemonte; le iniziative di apertura dei dati sono state stimulate da iniziative quali *Spaghetti Open Data*, *Openpolis*, *Stati Generali dell'Innovazione*; il portale italiano dei dati aperti è *dati.gov.it*, che è stato realizzato nell'ottobre del 2011.

⁶⁰ *Portale europeo dei dati*: *europeandataportal.eu*.

⁶¹ Il portale *dati.gov.it* è stato realizzato da Agid (Agenzia per l'Italia digitale) per conto del Governo ed è possibile trovare i *dataset* rilasciati dalla Pubblica Amministrazione: ne sono stati pubblicati più di 27.000 (che era il target per il 2020), circa 450 amministrazioni pubblicano dati (il target per il 2020 era di 300), che possono essere scaricati gratuitamente, ci sono più di 50 portali, più che in Germania e Olanda (le informazioni su *dataset* e amministrazioni sono reperibili su *avanzamentodigitale.italia.it*).

⁶² *Agid.gov.it*: si tratta del secondo Piano triennale (il primo ha coperto il triennio 2017-2019). I Piani triennali sono previsti dall'art. 1 comma 513 della legge 208 del 28 dicembre 2015.

⁶³ L'*Osservatorio eGovernment* del Politecnico di Milano (*osservatori.net*) ha rilevato che Molise e Calabria non dispongono di un portale di dati proprietari ma fanno affidamento al portale *Sciamlab*; Valle d'Aosta e Liguria hanno una sezione riservata agli *open data* all'interno del proprio sito istituzionale, le altre Regioni hanno un portale *open data* dedicato. Sono stati pubblicati 18.000 *dataset* sui portali regionali, anche se il 70% di Regioni del Nord Italia.

colare su trasporto pubblico, turismo, cultura e attività produttive. Non solo preoccupa lo scarso numero di dati da loro messi a disposizione⁶⁴, ma più in generale l'atteggiamento di disinteresse od ostilità nei confronti delle iniziative di apertura⁶⁵. Proprio perché non sono disponibili categorie di dati pubblicati da tutti i Comuni in modo uniforme è difficile poter utilizzare quelli che sono stati resi disponibili su più larga scala. A ciò si deve aggiungere che i dati sono poco accessibili⁶⁶ e di bassa qualità⁶⁷: le amministrazioni scelgono *dataset* già rinvenibili sui siti⁶⁸.

Dietro la bassa offerta da parte delle amministrazioni si annidano i noti problemi relativi alla scarsità di risorse, sia in termini di finanze che umane, a livello locale⁶⁹ e nazionale⁷⁰.

Se l'offerta è di scarsa qualità, la domanda è parimenti scarsa. Quanto alle imprese, l'utilizzo di *open data* provenienti da pubbliche amministrazioni viene effettuato da pochi operatori, anche se l'interesse appare considerevolmente in crescita⁷¹, e appare necessario che anche le imprese investano sul punto⁷². Le aziende che operano con gli *open data* sono principalmente quelle che lavorano con altre aziende per l'estrazione dei

⁶⁴ Solo il 40% dei Comuni ha pubblicato dati, e solo il 16% *open data*.

⁶⁵ L'80% dei Comuni non riscontra alcun impatto positivo dalla pubblicazione di dati in formato aperto e il 55% li ritiene addirittura inutili o poco utili per la crescita del tessuto imprenditoriale.

⁶⁶ La maggior parte dei Comuni pubblica i dati nella propria sezione trasparenza (il 83%) o sul sito istituzionale in una sezione *ad hoc* (33%), solo l'8% sul sito *open data* della Regione e solo il 2% sul sito *open data* nazionale.

⁶⁷ A. PELED, N. KARINE, *Towards Open Data for Public Accountability: Examining the US and the UK Models*, cit.

⁶⁸ H. YU, G.D. ROBINSON, *The New Ambiguity of Open Government*, cit., 199 ha notato che già dopo il primo anno, negli Stati Uniti, la qualità dei *dataset* proposti era scemata.

⁶⁹ Gli enti pubblici attribuiscono la colpa della scarsa offerta e qualità alla mancata disponibilità di competenze interne (50%), alla insufficienza di personale interno (42%), alle ridotte risorse economiche da dedicare (24%) e al poco interesse dei politici (23%).

⁷⁰ C. LAI, *Maturità degli open data in Europa: Italia tra i trend setter, ma si può fare meglio*, 2019, *agendadigitale.eu*, fa riferimento in particolare alla mancanza della figura del *data manager*.

⁷¹ Il 77% considera strategico l'uso dei dati per la propria attività; il 45% vorrebbe saperne di più; il 4 per cento delle imprese manifatturiere utilizza dati in formato aperto offerti dalle amministrazioni pubbliche; il 15% non conosce ma è interessato ad approfondire l'argomento e il 30% sta cercando di capirne le reali potenzialità.

⁷² Le imprese sostengono (il 70%) di essersi dotate di strumenti e competenze per il *data management*, ma in realtà il 68% non conosce l'esistenza di figure professionali come il *Big Data Analytics specialist*, il *Chief Data officer*, il *Data Scientist* o il *Big Data Architect*, indispensabili per la gestione degli *Open Data*.

dati, mentre sono molte di meno quelle che svolgono attività nei confronti dei cittadini⁷³.

In tema di riutilizzo dei dati, nell'ordinamento statunitense, i principali fruitori sono i singoli cittadini con competenze tecniche; in seconda battuta pubbliche amministrazioni e aziende tecnologiche; i settori in cui i dati vengono più utilizzati sono, secondo la regola delle tre B, *buses* (trasporti)⁷⁴, *budgets* (spese della P.A.), *bullets* (reati)⁷⁵. In Italia, in particolare, i dati più sfruttati sono quelli di fonte *OpenStreetMap* e *Istat*, anche in quanto si tratta di dati di alta qualità, oggetto di manutenzione costante nel tempo e provenienti dall'intero territorio nazionale⁷⁶.

Il processo di rilascio dei dati è stato sinora generalmente unilaterale, così che gli operatori non hanno potuto interagire con le amministrazioni né sulla scelta dei *dataset* da mettere a disposizione, né sulla qualità dei dati offerti: Il mancato incontro tra la domanda e l'offerta ha riguardato, come si è detto, in particolare gli enti locali, ma in ogni caso sono eccezionali i casi in cui delle amministrazioni abbiano attivato processi stabili di pubblicazione di dati interagendo anche con gli *stakeholder*⁷⁷. La disponibilità di informazioni non costruita partendo dalle richieste e dai bisogni di cittadini ed operatori costituisce in questo senso un ostacolo insormontabile alla effettiva partecipazione e collaborazione cui si aspira. Del resto, se la pubblicazione non risponde all'istanza dei cittadini, la supposta legittimazione non si può realizzare.

In questo senso la prima linea d'azione del piano è la definizione di una '*Strategia complessiva per la valorizzazione dei dati*'⁷⁸, in cui abbiano

⁷³ Il 47% delle non molte aziende che hanno risposto all'indagine opera nel mercato B2B (verosimilmente per l'integrazione dati), il 36% opera con l'amministrazione (B2G), per lo più per il rilascio e la generazione di *open data*, e quindi non per il riuso, e solo il 17% è attivo nel mercato B2C, anche perché già diversi operatori sono sul mercato stesso.

⁷⁴ *Moovit*, ad esempio, agevola gli spostamenti degli utenti perché attinge alle informazioni fornite dalle aziende di trasporto cittadine e territoriali.

⁷⁵ C. CARPINETO, *Open data PA, bilanciare rischi privacy e benefici: un nuovo approccio*, 2018, *agendadigitale.eu*.

⁷⁶ I dati provengono dallo studio *Open Data 200 Italia*, il primo sulle imprese italiane che utilizzano *open data* per le proprie attività.

⁷⁷ V. PATRUNO, *Open data nel piano triennale ICT PA: la prima strategia unica su riuso e valorizzazione*, *agendadigitale.eu*, 2018 e, con maggiore riferimento agli enti locali e piccole e medie imprese Id., *Open data, la PA delude le Pmi: che fare*, *ibidem*.

⁷⁸ Che vede coinvolti Dipartimento della Funzione Pubblica, AGID e Regioni per definire "*una strategia finalizzata al riutilizzo dei dati aperti, in coerenza con le regole di implementazione della direttiva PSI, e le iniziative di collaborazione e confronto tra PA e stakeholders nel contesto delle azioni definite nell'ambito dell'Open Government Partnership (OGP)*".

un ruolo rilevante i cittadini⁷⁹. Proprio però perché il dialogo presuppone un ambiente bene disposto, si è osservato come sia fondamentale il ruolo degli entusiasti delle tecnologie, degli sviluppatori indipendenti e delle imprese tecnologiche⁸⁰.

Perché poi l'apertura possa realmente tradursi in una politica efficace, bisognerebbe risolvere alcuni problemi di fondo: servirebbero governi stabili, in grado di investire nell'amministrazione e di portare avanti in maniera continuativa politiche di *e-government*; queste ultime, inoltre, dovrebbero essere inserite in maniera organica in un quadro di riforme. Sul punto, si è osservato che la politica non investe sull'apertura dei dati anche per un problema di ignoranza sui benefici che essa comporta⁸¹.

In secondo luogo, servirebbe una *governance* adeguata, dal momento che l'Agid (l'Agenzia per il digitale) non riesce ad essere una efficace autorità di regolazione e vigilanza, sia in virtù dei numerosi e ravvicinati mutamenti organizzativi (che sono anche effetto dell'instabilità politica), sia in quanto dispone di risorse limitate, sia per la avvenuta istituzione della figura del Commissario straordinario del Governo per l'attuazione dell'Agenda digitale, le cui competenze si sovrappongono a quelle dell'Agid.

In terzo luogo, servirebbe una adeguata formazione nelle amministrazioni, le quali non percepiscono i dati come dei beni di valore⁸²; peraltro, anche laddove ci sia esperienza di commercializzazione dei dati, questa non risulta utile quando si tratti di finanziare la pubblicazione gratuita, che deve essere affrontata dalle amministrazioni come un costo (nonostante si sia dimostrato che nel medio periodo l'apertura dei dati, in virtù della maggiore efficienza conseguibile, comporti risparmi alla spesa)⁸³. La difficoltà di trovare soluzioni al finanziamento dell'apertura ha così l'effetto di condurre le amministrazioni a guardare con sospetto

⁷⁹ Una strategia fondata richiederà una ricognizione dei dati, una stima dei costi, l'ascolto delle istanze e l'interlocuzione, l'adozione di piani di apertura dei dati (non previsto, anche se è prevista la valutazione dirigenziale). Sinora non si è riscontrato grande interesse per il monitoraggio, per la rilevazione della pubblicazione e utilizzazione dei dati. Sull'importanza delle strategie sugli *open data*, si v. B. VAN LOENEN, *Towards a User-Oriented Open Data Strategy*, *Open Data Exposed, Information Technology and Law*, cit.

⁸⁰ M. KASSEN, *Understanding transparency of government from a Nordic perspective: open government and open data movement as a multidimensional collaborative phenomenon in Sweden*, in *Journal of Global Information Technology Management*, 2017, 236-275, 248.

⁸¹ *Barriers in working with Open Data*, cit., 10.

⁸² *Barriers in working with Open Data*, cit., 22.

⁸³ *Barriers in working with Open Data*, cit., 23.

e fastidio alla prospettiva della gratuità, che però è caratteristica fondamentale e imprescindibile degli *open data*⁸⁴. A ciò va aggiunto l'ulteriore problema dell'incapacità delle amministrazioni a coordinarsi tra loro per l'attuazione delle politiche di apertura dei dati⁸⁵.

7. Gli ostacoli nazionali di natura legale alla diffusione degli open data

Il tema dell'apertura dei dati è anche frenato dai vincoli posti dall'ordinamento⁸⁶. Il nostro Paese ha dal punto di vista documentale molte volte mostrato attenzione verso il tema⁸⁷, fino alla recente approvazione, nel giugno del 2019⁸⁸, del *Quarto Piano d'azione nazionale per l'open government 2019-2021*, che impegna oltre 50 amministrazioni pubbliche (centrali e locali)⁸⁹.

Erroneamente sia le regole che le linee guida sono le medesime per tutte le amministrazioni e si concentrano solo sugli aspetti tecnici dell'apertura⁹⁰.

⁸⁴ *Barriers in working with Open Data*, cit., 23.

⁸⁵ *Barriers in working with Open Data*, cit., 12.

⁸⁶ Il già citato art. 50 del CAD, *Disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*, prevede che (...) *restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico*. Sugli ostacoli legali all'apertura, si v. *Barriers in working with Open Data*, cit., 16-17.

⁸⁷ In aggiunta ai già citati piani adottati a seguito della partecipazione all'*Open Government Partnership*, si v. *l'Agenda nazionale per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico*, a cura dell'Agid (2014) e *la Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri (2014), la quale ultima contiene una sezione dedicata agli *open data*.

⁸⁸ Nell'aprile del 2012 è stato adottato il primo piano italiano, l'*Open Government Partnership Italian Action Plan*. La competenza è del Dipartimento per la Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che coordina la partecipazione italiana all'*Open Government Partnership*.

⁸⁹ Il piano prevede 10 azioni e include 170 impegni: in particolare, al di là dell'apertura dei dati (con particolare riferimento a quelli relativi alle politiche di coesione europee e al riutilizzo di beni confiscati), ci si occupa di trasparenza, supporto alla partecipazione, prevenzione della corruzione, semplificazione della *performance*, servizi digitali, competenze digitali. Sul punto S. PIZZICANNELLA, *Open government, ecco l'attuazione del Quarto Piano d'azione nazionale*, 2019, *agendadigitale.eu*.

⁹⁰ Nel 2017 è stata pubblicata la seconda edizione delle Linee guida. Ivi si prevedono un *data manager* che si occupi della ricognizione dei dati e della strategia di apertura (1.9.1.1.2.); un ufficio dirigenziale generale responsabile per la transizione alla modalità operativa digitale e il difensore civico per il digitale (1.9.1.1.1) – che sul punto richiama quanto previsto dalla normativa, collaborazione con il responsabile della trasparenza (1.9.1.1.2).

In aggiunta, le restrizioni che possono insistere su questi dati derivano per lo più da diritti di proprietà intellettuale e da vincoli legati alla tutela della riservatezza e di segretezza (di Stato, d'ufficio, industriale)⁹¹. La legge sul diritto d'autore italiana (la legge 633/1941) non fa riferimento a dati e documenti prodotti e pubblicati dalle pubbliche amministrazioni; l'art. 5 fa salvi "i testi degli atti ufficiali dello stato e delle pubbliche amministrazioni" (leggi, regolamenti, provvedimenti, sentenze). Non potrebbero quindi rientrarvi in senso stretto i contenuti in forma non testuale, come alcuni *dataset* (relativi al traffico o ai trasporti), tabelle (piani), immagini (planimetrie catastali), mappe (geografiche)⁹².

Ulteriori problemi sono posti dalla tutela della riservatezza e dalla segretezza, secondo schemi già conosciuti in relazione ai limiti al diritto di accesso.

Altri problemi invece sono peculiari della disciplina del settore: se da un lato potrebbe sembrare che il criterio dell'*open by default* (per cui, se un'amministrazione pubblica dei dati e non indica una licenza d'uso, i cittadini possono sentirsi liberi di utilizzare quei dati senza dover chiedere il permesso⁹³)

⁹¹ Anche a livello europeo, L. DALLA CORTE, *The European Right to Data Protection in Relation to Open Data, Open Data Exposed, cit.*, 127. Sulla protezione intellettuale, C. PASQUINELLI, *Open Data e Proprietà Intellettuale. Il Dataset come banca di dati e la questione delle licenze, CNR Technical Report, 2013, iit.cnr.it.*

⁹² In questo quadro appare particolarmente emblematica la vicenda, che dovrà ancora essere affrontata dall'autorità giudiziaria, *Trenitalia vs Trenit*. *Trenit* è un'applicazione che, facendo ricorso agli *open data*, evidenzia eventuali ritardi nei trasporti. Trenitalia ha ritenuto illegittimo l'uso di dati che riguardino i propri treni, in quanto non autorizzato, e chiesto e ottenuto la sospensione del servizio, anche in quanto ha sviluppato una *app* proprietaria, *Viaggiatreno*, che utilizza quei dati. Dal momento che Trenitalia è un'impresa pubblica (partecipata al 100% dal Gruppo FS - Ferrovie dello Stato italiano, partecipato al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) gestore di servizio pubblico, la vicenda riguarda la problematica applicabilità del principio *open by default*, secondo il quale, nel silenzio, si dovrebbe ritenere che i dati siano utilizzabili. Nel 2016 ha inoltre avuto avvio l'iniziativa "Open Trasporti", confluita nell'*Action Plan* nazionale. Se il quadro giuridico, come abbiamo visto, non impone ancora che imprese pubbliche che gestiscono un pubblico servizio siano obbligate a condividere i dati, al tempo stesso il fatto che i dati del traffico costituiscano una delle tre voci più significative degli *open data* rende poco giustificabile la presa di posizione contraria all'apertura dei dati relativa.

⁹³ Art. 52 del CAD: *Accesso telematico e riutilizzo dei dati. 2. I dati e i documenti che i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, si intendono rilasciati come dati di tipo aperto ai sensi all'articolo 1, comma 1, lettere l-bis) e l-ter, del presente Codice. L'eventuale adozione di una licenza di cui al citato articolo 2, comma 1, lettera h), è motivata ai sensi delle linee guida nazionali di cui al comma 7. Sull'importanza dell'adozione di linee guida per un corretto funzionamento degli *open data* si v. L. DALLA CORTE, *Towards Open Data Across the Pond, Open Data Exposed, cit.*, 11.*

agevoli l'apertura⁹⁴, dall'altro lato, un ostacolo è dato dalla necessità che una licenza d'uso non ci sia.

Dal momento che in teoria una licenza potrebbe esistere, anche nascosta, e ciò impedirebbe l'applicazione della regola *open by default*, gli interessati sono costretti a chiedere se i dati siano liberi, con un aggravio procedurale, e con la possibile adozione di contromisure da parte dell'amministrazione che altrimenti essa non avrebbe neppure pensato di opporre, se non fosse stata sollecitata⁹⁵.

Sul tema bisognerà verificare come verrà recepita la direttiva europea, ma la problematica appare analoga a quella che ha interessato l'istituto giuridico della Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA): in quest'ultimo caso sono stati alla fine stilati degli elenchi di attività certamente oggetto di Scia, con lo scopo di chiarire definitivamente in quali casi dovesse applicarsi la regola autorizzatoria generale di portata incerta⁹⁶.

8. *Il ruolo degli intermediari*

In teoria la partecipazione, grazie all'uso degli *open data*, è semplificata e aperta a tutti, in quanto i cittadini hanno in mano gli stessi dati dell'amministrazione.

Tuttavia, se l'uso dei dati ha permesso ai giornalisti, professionisti che istituzionalmente hanno interesse ad esaminare i dati, di investigare e raccontare vicende di pubblico interesse⁹⁷, è verosimile che i cittadini non abbiano, nella maggioranza dei casi, competenze e tempo per estrarre i dati, gestirli, rielaborarli. Non si può (e non è neppure auspicabile) pre-

⁹⁴ Art. 52 CAD: "I dati e i documenti che le amministrazioni titolari pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza, si intendono rilasciati come dati di tipo aperto".

⁹⁵ S. ALIPRANDI, *Open data: serve una norma più chiara. L'open by default non funziona*, 2018, *techeconomy.it*.

⁹⁶ Sul punto, ci si permette di richiamare le osservazioni effettuate in punto di semplificazione in *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, *Dir. amm.*, 2016, 623.

⁹⁷ Sul ruolo dei giornalisti, oltre al già citato B.S. NOVECK, *Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency*, *cit.*, si v. anche D. BERLINER, A. INGRAMS; S. J. PIOTROWSKI, *The Future of FOIA in an Open Government Agenda for Freedom of Information Policy and Implementation*, *Vill. L. Rev.*, 2018, 867.

tendere che essi siano revisori, analisti, traduttori, programmatori⁹⁸. Questi problemi si aggiungono a quelli classici della partecipazione: non è detto che i cittadini sappiano fornire argomentazioni informate ai poteri pubblici o che sappiano come partecipare, in quanto può non essere agevole la partecipazione con strumenti aperti. In presenza di questi ostacoli può essere complesso rendere effettivo il valore sociale degli *open data*⁹⁹.

Si pone inoltre un problema di rappresentatività: se la partecipazione, anche in ragione degli ostacoli tecnici, non è alla portata di tutti, per cui ne affrontano i costi (anche solo in termini di tempo e impegno) solo coloro che sono davvero interessati¹⁰⁰, ne consegue che la platea potenziale dei partecipanti non risulta ampliata in maniera significativa rispetto al passato (forse anche giustamente, vista la complessità di alcune questioni)¹⁰¹.

Diventa inoltre centrale il ruolo degli intermediari, che forniscono servizi per aiutare i cittadini a conoscere, partecipare o collaborare, o ai quali questa possibilità di partecipazione e collaborazione viene esternalizzata. Di fatto, riemerge sulla scena una figura che in teoria l'apertura

⁹⁸ C. BIRCHALL, *Interrupting Transparency, Transparency, Society and Subjectivity. Critical Perspectives*, a cura di E. Alloa, D. Thomä, Basingstoke 2018, 343.

⁹⁹ M. JANSSEN, N. HELBIG, *Innovating and changing the policy-cycle: policy makers be prepared!*, *Gov. Inf. Quart.*, 2015, 99.

¹⁰⁰ Già lo si era notato qualche anno fa con riferimento alle procedure di *notice and comment online* rispetto a quelle classiche cartacee: si v. S.M. BENJAMIN, *Evaluating E-Rulemaking: Public Participation and Political Institutions*, in *Duke L. J.*, 2005-2006, 893; C. COGLIANESE, *Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future*, *Duke L. J.*, 55, 2005-2006, 943; C. COGLIANESE, H. KILMARTIN, E. MENDELSON, *Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2008-2009, 924; J.M. DE FIGUEIREDOT, *E-Rulemaking: Bringing Data to Theory at the Federal Communications Commission*, *Duke L. J.*, 55, 2005-2006, 969; C. R. FARINA, *Achieving the potential: the future of federal e-rulemaking. Report of the committee on the status and future of federal e-rulemaking*, *Admin. L. Rev.*, 2010, 279; R. FARINA, P. MILLER ET AL., *Rulemaking in 140 characters or less: social networking and public participation in rulemaking*, *Pace Law Rev.*, 2011, 382; C.R. FARINA, M.J. NEWHART ET AL., *Rulemaking 2.0*, *U. Miami L. Rev.*, 2010-2011, 395.

¹⁰¹ Altri temi, connessi alla partecipazione nell'ottica dell'*open government*, che non riguardano il tema in oggetto, sono quelli relativi: alla capacità dei cittadini di rivestire un ruolo davvero centrale rispetto alla complessità attuale; alla possibilità di partecipare a procedimenti diversi da quelli in cui siano coinvolti soggetti determinati; al numero effettivo dei partecipanti e all'interesse effettivo a partecipare; all'impatto della partecipazione *online*; alle modalità e ai tempi di partecipazione; ai profili ideologici coinvolti nella partecipazione; ai costi, alla capacità dell'amministrazione di tenerne conto. Su tutti questi profili sia permesso di rinviare alla voce *Open government, Dig. Disc. Pub.*, *Torino* 2015, 268.

dei dati avrebbe promesso di superare. Se l'importanza di questi soggetti è poi abbastanza naturale nel caso di vigilanza (come appunto avviene per i giornalisti), più problematico è il loro ruolo quando i processi di deliberazione e partecipazione richiedano interazione e collaborazione con i cittadini: si è rilevato criticamente che, con queste tecnologie, esperti selezionati e non rappresentativi finiscono per incidere sulla capacità dei soggetti pubblici di prendere decisioni di interesse pubblico¹⁰².

Va tenuto inoltre presente l'atteggiamento delle amministrazioni nei confronti di questi intermediari: allorché la collaborazione implichi un trasferimento di diritti di decisione a esterni, la reazione probabile dell'attore pubblico verso questo tipo di iniziative sarà di riluttanza, usata a schermo della sottesa incapacità dell'amministrazione di dialogare e recepire le istanze degli intermediari¹⁰³.

Va però in senso opposto osservato che forme di intermediazione sono presenti in tutte le attività (anche in giudizio si ricorre per mezzo di intermediari) e che comunque rispondono a esigenze ineludibili: non stupisce perciò che, per altro verso, gli stessi pubblici poteri affidino agli intermediari il compito di rendere i dati grezzi accessibili al grande pubblico¹⁰⁴.

9. La difficoltà di valutazione dell'impatto degli open data

Mentre è possibile misurare il livello di apertura dei dati, anche solo enumerando i *dataset* disponibili, è ben più difficile misurare l'impatto dell'apertura sulla democraticità del sistema e sulla legittimazione delle istituzioni.

L'assenza di parametri di valutazione certi, poi, unita alla amplissima gamma di aspettative, spesso utopistiche e determinate anche da una scarsa conoscenza di limiti, difetti e inconvenienti degli strumenti tecnologici e del loro uso, sembra giustificare la considerevole varietà di giudizi su questi fenomeni¹⁰⁵. Si è osservato ad esempio che l'idea che

¹⁰² H. RICHTER, P.R. SLOWINSKI, *The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries*, IIC, 2019, 4.

¹⁰³ *Barriers in working with Open Data*, cit., 23.

¹⁰⁴ S. BAACK, *Datafication and empowerment: How the open data movement re-articulates notions of democracy, participation, and journalism*, *Big Data and society*, 2015, 1.

¹⁰⁵ J. BATES, *The strategic importance of information policy for the contemporary neo-liberal state: the case of Open Government Data in the United Kingdom*, *Gov. Inf. Quart.*, 2014; 388 ritiene che la *Open Government Data Agenda* britannica abbia accresciuto la

l'amministrazione ha della partecipazione è di consultazione, laddove l'istanza (spesso anche ingenuamente formulata) proveniente da cittadini e imprese è di coprogettazione delle politiche e dei servizi¹⁰⁶.

È stato rilevato come la metà delle ricerche sull'apertura dei dati non abbia riscontrato un impatto significativo del fenomeno sul potenziamento della democrazia¹⁰⁷. Inoltre non sono stati ritenuti significativi i risultati dell'apertura dei dati rispetto, ad esempio, all'aspirazione al cambiamento democratico e alla partecipazione pubblica in Cile o al coinvolgimento civile in Ghana¹⁰⁸.

Tuttavia, si deve tenere conto che da un lato la ricerca sugli effetti delle riforme relative agli *open data* è ancora all'inizio, anche perché le iniziative di *open data* sono recenti; dall'altro che gli effetti sono molto complicati da misurare, peraltro nel tempo; ancora, il perseguimento dell'interesse pubblico non si può certo arguire dal numero di utenti che hanno scaricato dati o dal numero di visualizzazioni degli stessi.

Si è osservato come in Italia (ma non solo) le pratiche partecipative e collaborative poste in atto siano di fatto degli esperimenti e i risultati siano limitati¹⁰⁹: forme di iniziative deliberative *online* sono state adottate sporadicamente; la più importante esperienza, per quanto poco rilevante a livello di diffusione, è costituita dai cd. bilanci partecipativi (Roma, Mi-

trasparenza e il coinvolgimento dei cittadini, e consentito di affrontare una serie di politiche anche più ampie e controverse, nella prospettiva di una forma neoliberale di stato; A. JAAKOLA, H. KEKKONEN, T. LAHTI, A. MANNINEN, *Open data, open cities: experiences from the Helsinki Metropolitan Area. Case Helsinki Region infoshare www.bri.fi. Statistical Journal of the IAOS*, 2015, 117 affermano che, più modestamente, con gli *open data* si possano migliorare i processi interni di ricorso ai dati; P. PARYCEK, J. HOCHTL, M. GINNER, *Open Government Data implementation evaluation, Journ. Theor. Appl. Elect. Comm. Res.*, 2014, 80 ritengono gli *open data* utili a motivare i funzionari, vista la maggiore interazione che si realizza con cittadini e imprese; S. DAWES, L. VIDIASOVA, O. PARKHIMOVICH, *Planning and design in open government data programs: an ecosystem approach, Gov. Inf. Quart.*, 2016, 15 e B. WORTHY, *The impact of open data in the UK: complex, unpredictable and political, Publ. Adm.*, 2015, 788 hanno ritenuto modesto l'impatto in termini di lotta alla corruzione, di controllo dell'uso delle risorse, di miglioramento dell'amministrazione.

¹⁰⁶ V. PATRUNO, *Open government: così trasparenza e partecipazione rafforzano la democrazia, agendadigitale.eu*, 2018. Sul grande tema della partecipazione all'attività amministrativa generale, per tutti, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

¹⁰⁷ E.H.J. M. RUIJER, E. MARTINIUS, *Researching the democratic impact of open government data: A systematic literature review, Inf. Pol.*, 2017, 233.

¹⁰⁸ E.H.J. M. RUIJER, E. MARTINIUS, *Researching the democratic impact of open government data: A systematic literature review, cit.*, 2017, 239.

¹⁰⁹ V. PATRUNO, *Open government: così trasparenza e partecipazione rafforzano la democrazia, agendadigitale.eu*, 2018.

lano, Bologna), e si è osservato che il buon riscontro di queste iniziative fosse frutto del fatto che il modello, il metodo, le fasi (proposta, progettazione, voto) fossero ben strutturati e definiti e che l'intero procedimento avvenisse su un'unica piattaforma tecnologica¹¹⁰. Ad ogni modo, l'impatto di questi esperimenti, che a livello di macrosistema può essere debole o operare su profili marginali, quando pure sia misurabile, si scontra con dei costi certi, con un effetto spesso disincentivante¹¹¹.

In aggiunta, l'apertura, quando seguita da forme di partecipazione o collaborazione, non conduce necessariamente all'auspicata pacificazione con le istituzioni: laddove, ad esempio, i cittadini segnalino prontamente le situazioni di emergenza o forniscano informazioni sulla qualità delle strade, tali pratiche, se da un lato contribuiscono alla legittimazione delle istituzioni quando queste ultime reagiscono efficientemente, invece ne minano la fiducia nel caso in ciò non avvenga¹¹². In questo senso, si è osservato che il principio della *collaborazione* andrebbe piuttosto, e in maniera meno conciliante, inteso come *binomio collaborazione/conflitto*¹¹³ così come, del resto, è già noto in relazione alla partecipazione procedimentale il binomio *funzione difensiva/collaborativa*.

10. Il supposto conflitto tra efficienza e democrazia

Peraltro, è anche da verificare se l'apertura dei dati sia, nella pratica, intesa e indirizzata ad una maggiore democraticità degli ordinamenti.

In dottrina è evocata una contrapposizione, in merito all'*open government*, tra il profilo della responsabilità democratica da un lato e quello dell'efficienza (come riduzione degli sprechi, miglioramento delle prestazioni e creazione di nuove opportunità economiche) dall'altro¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Con *Missing Maps* i dati aperti sono generati dai cittadini e aiutano le organizzazioni pubbliche, attraverso la fornitura di informazioni dettagliate su aree remote in caso di disastri. Con *Promise Tracker* i cittadini brasiliani forniscono informazioni al governo locale, ad esempio sulla qualità delle strade, monitorando così la risposta alle loro promesse. Con *Concerned Citizens of Abra for Good Government*, fin dal 2008 viene monitorata la responsabilità del governo attraverso i dati generati dai cittadini.

¹¹³ A. MEIJERA, S. POTJERB, *Citizen-generated open data: An explorative analysis of 25 cases*, *Gov. Inf. Quart.*, 2018, 613.

¹¹⁴ Tra gli altri, nel dibattito D. BERLINER, A. INGRAMS; S.J. PIOTROWSKI, *The Future of FOIA in an Open Government Agenda for Freedom of Information Policy and Implementation*, *cit.*

Analisi diacroniche hanno mostrato come le politiche di *open government* avrebbero perso nel corso del tempo di precisione riguardo al proprio oggetto, con l'effetto di non promuovere più solo la responsabilità politica, come nei primi interventi, ma anche l'efficienza (sia sotto il versante dei servizi che dell'economia e dell'innovazione) e si è giunti così ad affermare che, rispetto agli ideali iniziali, stia prevalendo la seconda prospettiva¹¹⁵.

In questo senso si colloca anche il dibattito sul rapporto tra FOIA e *Open data*: si è fatto riferimento a come il FOIA venga generalmente trattato come una voce dell'*Open Government*. Tuttavia, si sottolinea anche come l'efficienza, che è diventata una parola d'ordine per gli *Open data*, non sia importante nel FOIA, e come anzi quest'ultima disciplina sia maggiormente proiettata verso una tutela dei valori democratici, in quanto comunque finalizzata al controllo sulle pubbliche amministrazioni¹¹⁶, laddove invece, e quasi paradossalmente, la disciplina sui dati aperti mirerebbe piuttosto alla valorizzazione del patrimonio informativo in termini di impatto sulla crescita economica¹¹⁷.

Più nello specifico, quanto alla selezione dei dati, ci si sarebbe preoccupati più di aprire i dati per favorirne l'impiego commerciale o il miglioramento dei servizi che per il controllo sull'operato dei poteri pubblici: ciò anche in virtù del fatto che le amministrazioni, nel decidere quali

¹¹⁵ H. YU, G.D. ROBINSON, *The New Ambiguity of Open Government*, cit., 199.

¹¹⁶ D. BERLINER, A. INGRAMS; S.J. PIOTROWSKI, *The Future of FOIA in an Open Government Agenda for Freedom of Information Policy and Implementation*, cit., 876 osservano come imprenditori ed accademici siano focalizzati sull'*Open Government*, mentre avvocati e specialisti di *media* sul FOIA, con i primi interessati ai profili tecnologici e i secondi concentrati su diritti.

¹¹⁷ Dal punto di vista del nostro ordinamento, comunque, i dati pubblicati in virtù del d.lgs. 33 del 2013 non sono dati aperti: si vv. le *Linee guida Linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico* dell'Agid (punto 1.5): "le amministrazioni terranno conto delle differenze specifiche tra Open Data, Trasparenza e Condivisione dei dati tra pubbliche amministrazioni per finalità istituzionali. Queste tre azioni mirano a soddisfare esigenze diverse e anche se su alcuni aspetti convergono, fanno sempre riferimento a obiettivi specifici senza mai veramente confluire in un 'corpus' organico. Ad esempio, in termini di trasparenza, alcuni documenti resi pubblici a seguito dell'applicazione del D.lgs 33/2013 e s.m.i.23 nella sezione 'Amministrazione Trasparente' del sito web istituzionale di una amministrazione devono essere rimossi dopo aver svolto la loro funzione (di solito dopo 3 anni – cfr. art. 14 e 15). In questo senso, essi non possono essere propriamente considerati Open Data, per i quali tali restrizioni temporali non si applicano. Esistono poi dati delle pubbliche amministrazioni che assumono un ruolo importante nell'ecosistema degli Open Data e nella creazione di nuove forme di partecipazione (e.g. edifici, farmacie, musei, turismo, etc.) ma che non risultano nell'elenco dei dati obbligatori da pubblicare ai sensi del D.lgs n. 33/2013 e s.m.i."

dataset proporre, escludono quelli che possono tradursi in una valutazione del proprio operato¹¹⁸.

Del resto, a livello europeo, come si è visto anche in merito alla nuova direttiva, si tende a sottolineare l'inquadramento degli interventi relativi agli *open data* (cd. trasparenza attiva) nelle politiche economiche di sviluppo della società dell'informazione, mentre gli interventi di trasparenza previsti ad esempio nel d. lgs. 33 del 2013 (cd. passiva) sono inquadrati nelle politiche miranti all'ampliamento della trasparenza governativa: proprio nella prospettiva economica infatti si pone la maggiore attenzione alla qualità dei dati, per impedire che i pubblici poteri agiscano sul mercato in maniera distorsiva¹¹⁹. Anche nella realtà statunitense, tra l'altro, si registra di recente, in particolare con riferimento ai dati di natura ambientale, una insofferenza nei confronti dell'apertura dei dati, qualora e in quanto essa non sia funzionale allo sviluppo economico¹²⁰.

Seguendo questo filone, i *dataset* costituirebbero lo strumento adeguato per migliorare la qualità della vita e dei servizi, non la responsabilità politica e, dalla prospettiva opposta, l'uso dei dati aperti non più solo per ragioni di trasparenza e responsabilità politica ma anche per politiche di mercato spiegherebbe l'impatto limitato sui processi democratici¹²¹.

Queste osservazioni si intrecciano con la sopra indicata difficoltà di valutare l'impatto delle politiche di apertura dei dati.

Molto spesso vengono eccessivamente semplificati i benefici dei dati aperti, in quanto viene vista una connessione diretta tra informazioni rese pubbliche e miglioramento della democrazia. Al tempo stesso, quando invece si sostiene che non vi siano stati progressi, come in Cile o Ghana, ciò dimostra che va esaminato anche il contesto, il cd. ecosistema, e adottata una prospettiva che tenga conto di più fattori¹²².

¹¹⁸ J. SHKABATUR, *cit.*, 117.

¹¹⁹ L. DALLA CORTE, *Towards Open Data Across the Pond*, in *Open Data Exposed*, *cit.*, 11.

¹²⁰ B. HYLAND WOOD, *Open Government Data in an Age of Growing Hostility Towards Science* osserva come le informazioni sui cambiamenti climatici riportate su importanti siti governativi fossero state rimosse. Dubbi sull'atteggiamento della attuale presidenza nei confronti della trasparenza sono anche in C. BIRCHALL, *Interrupting Transparency, Society and Subjectivity. Critical Perspectives*, a cura di E. Alloa - D, Thomä, Basingstoke 2018, 343.

¹²¹ S. DAWES, L. VIDIASOVA, O. PARKHIMOVICH, *Planning and designing open government data programs: an ecosystem approach*, *cit.*.

¹²² Anche se poi J. TAYLOR, *The information polity: towards a two speed future*, *Inf. Polity*. 2012; 227, pur sulla base di una prospettiva olistica, comunque non ha notato nell'ordinamento britannico alcun impatto significativo in ordine alla partecipazione.

Se inoltre la crisi della legittimazione, così come si è richiamato, è il frutto della insoddisfazione dei cittadini nei confronti delle istituzioni, un miglioramento dell'efficienza, della qualità dei servizi, dell'economia è verosimile abbia un effetto favorevole sulla fiducia e quindi sulla legittimazione. Ci si concentra, detto altrimenti, troppo sull'impatto diretto sulla democrazia e non sull'impatto indiretto.

Da questo punto di vista, se ci si aspetta che l'apertura dei dati comporti una immediata riconfigurazione del rapporto tra cittadini e poteri pubblici nel senso della compartecipazione all'assunzione di decisioni strategiche e politiche, verosimilmente è sia da rimeditare bene il fine, quanto l'adeguatezza dello strumento.

11. Conclusioni

In ultima analisi, il tema è affascinante, ma la ricerca sembra lasciare molti punti aperti. Gli *open data* possono essere *uno* strumento di legittimazione delle istituzioni: è molto dubbio che siano *lo* strumento.

Il fenomeno e i movimenti per gli *open data* hanno obbligato le amministrazioni a comprendere che i dati sono dei beni pubblici di importante valore. Le amministrazioni sono chiamate a comprendere che essi vanno adeguatamente gestiti, per la propria organizzazione o svolgimento delle proprie attività¹²³, e quindi che c'è bisogno di competenze e capacità specifiche; esse sono inoltre oggi indotte a ragionare in termini di condivisione dei dati, e non di gelosa conservazione degli stessi¹²⁴. Come conseguenza, gli ordinamenti, attraverso le discipline esaminate, hanno implicitamente rifiutato la privatizzazione dei dati nei confronti di fornitori e terze parti che sarebbe altrimenti (magari anche inconsapevolmente) avvenuta.

¹²³ Nel presente contributo non ci si sofferma sui benefici specifici che le pubbliche amministrazioni conseguono per la propria attività e organizzazione dall'uso dei dati aperti. Sebbene incentrato sui *big data*, ma con considerazioni traducibili, ci si permette di rinviare, sul punto, a *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei Big Data*, *Dir. pub.*, 2019, 43. In merito ai benefici per le pubbliche amministrazioni, si v. S. BAACK, *Datafication and empowerment: How the open data movement re-articulates notions of democracy, participation, and journalism*, *Big Data and society*, 2015, 1, il quale osserva che in primo luogo la disponibilità di dati aperti crea più opportunità di sviluppare tecnologie 'civiche'; in secondo luogo, le amministrazioni spesso sottopongono al processo di uso dei dati le proprie attività e creano nuovi dati.

¹²⁴ M. NAPOLITANO, *Il primo decennio di dati aperti è stato un successo, ma non per le ragioni che pensiamo*, 2019, *forumpa.it*.

Mentre la disciplina sulla trasparenza, in particolare sul versante pubblicazione, si è preoccupata del processo di rafforzamento dell'*accountability* dei poteri pubblici, nel senso della messa in questione del loro operato e di democratizzazione attraverso il controllo; si è proceduto diversamente alla messa a disposizione di dati utili per i cittadini, per consentire maggiore coinvolgimento ed interazione.

Appare illusorio però pretendere da parte dell'amministrazione un atteggiamento eccessivamente attivo nell'apertura dei dati, anche perché quest'ultima costringe l'amministrazione a condividere il proprio patrimonio, e a sottoporsi quindi alla valutazione del proprio operato; il legislatore però, espressione più diretta della politica, in affanno di consenso, deve rispondere alle istanze di apertura. Si pensi all'esperienza statunitense, nella quale, alla luce del combinato disposto del recentemente adottato *OPEN Government Data Act*¹²⁵ con il *Foundations for Evidence-Based Policymaking Act* (entrato in vigore nel gennaio del 2019, che stabilisce che le agenzie federali, quando elaborano politiche pubbliche, devono provare la loro conoscenza della realtà, anche sotto il profilo della verifica delle politiche in passato attuate), agenzie e ministeri devono aprire i dati relativi alle *politiche pubbliche*, comunicarne i dati in loro possesso, costruire *database* pubblici all'interno del portale unico per l'accesso ai dati¹²⁶.

La vera logica dell'apertura prevale, purché, anche al di là delle intenzioni, essa non si riduca ad una logica di controllo¹²⁷ o di fornitura di dati per consentire lo svolgimento di attività economiche o una migliore efficienza, ma promuova anche forme di dialogo e collaborazione¹²⁸.

¹²⁵ Sul quale si v. *supra*, nota 49.

¹²⁶ D. AZZOLINI, M. SISTI, *Evidence-Based Policy e Attività Legislativa. Cosa c'è di nuovo?*, *federalismi.it*, 2019 segnalano come ci sia sempre maggiore attenzione al fenomeno della valutazione delle politiche pubbliche, anche grazie al ruolo del movimento internazionale *Evidence-Based Policy* (EBP). La legge ora citata ha come obiettivi: "il rafforzamento della protezione dei dati e della privacy, il miglioramento dell'accesso ai dati, l'incentivazione delle capacità del governo federale di produrre e utilizzare evidenza valutativa".

¹²⁷ In questo senso, la concentrazione degli sforzi sull'apertura di basi dati quali *SIO-PE* (Sistema Informativo sulle Operazioni degli Enti pubblici), previsto dall'art. 14 della l. 196 del 31 dicembre 2009, *Open Expo e ItaliaSicura* si pone nella logica del controllo e non della partecipazione o della collaborazione.

¹²⁸ O. PEREZ, *cit.*, 64. Si è in questo senso osservato che le istituzioni pubbliche dovrebbero insistere per includere attivamente i cittadini nei processi decisionali, per creare una più aperta e flessibile forma di democrazia rappresentativa (S. BAACK, *Datafication and empowerment: How the open data movement re-articulates notions of democracy, participation, and journalism*, in *Big Data and society*, 2015,1).



Enrico Zampetti

LEGALITÀ E POTERE
STRAORDINARIO D'ORDINANZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Potere straordinario di ordinanza e sistema costituzionale delle fonti. – 3. Potere straordinario di ordinanza e principio di legalità. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Tradizionalmente l'amministrazione dell'emergenza nasce per la gestione di imprevedibili situazioni d'urgenza e si esplica in via principale attraverso il potere straordinario di ordinanza¹.

* Il saggio costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al Convegno “Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata”, Montepaone Lido (CZ), 21-22 giugno 2019.

¹ Sul potere straordinario di ordinanza, la lettura è molto vasta; senza pretesa di completezza, L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano 1953; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. dig.*, Torino 1965, 94; Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1995, 2185 ss.; F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 970 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; Id., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss.; F. SATTÀ, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*, Roma 1990; M. GNES, *Limite e tendenze dei poteri d'urgenza*, in *Annuario Aipda* 2005, 209 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Dir. pubbl.*, 2007, 369, anche in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2008, 155 ss; M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli 2012; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Annuario Aipda* 2015, Napoli 2016, 93 ss.; S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in *Federalismi.it*, 15/2018. È appena il caso di precisare che i poteri straordinari in questione sono diversi ed eterogenei dai poteri c.d. necessitati, i

Senonché, la concreta esperienza rivela come il potere di ordinanza sia stato frequentemente impiegato anche in ambiti estranei al concetto tradizionale di emergenza, come nel caso dei “grandi eventi” e delle disfunzioni amministrative (*maladministration*)², giungendosi così a con-

quali, fermo il presupposto dell’urgenza, restano comunque tipizzati nel loro specifico contenuto, rivelando semplicemente l’esercizio di un potere ordinario in una situazione straordinaria. Basti, ad esempio, osservare che la legge sul procedimento prevede una deroga all’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento “per particolari esigenze di celerità”; che, in casi di estrema urgenza, la legge sugli appalti pubblici consente di derogare alla pubblica gara procedendo a trattativa privata; il d.P.R. 327 del 2001 consente l’occupazione d’urgenza nei casi in cui “l’avvio dei lavori rivesta carattere di urgenza” (sul tema, V. CERULLI IRELLI, *Principi di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, cit., 351; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass.*, 1948, 949). L’originaria configurazione dell’amministrazione di emergenza come gestione di imprevedibili situazioni di urgenza si è progressivamente integrata e completata con l’amministrazione della prevenzione e della precauzione secondo il modello più generale di quella che viene ormai definita la c.d. amministrazione del rischio: misure di prevenzione, di precauzione, di pianificazione mirano a ridurre la possibilità che si verifichi una situazione di emergenza e, conseguentemente, ad escludere la configurabilità dei presupposti per l’attivazione del potere straordinario. Sull’amministrazione di emergenza, nella sua evoluzione in termini di amministrazione del rischio, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano 2006; L. GIANI, M. D’ORSOGNA, A. POLICE, cura di, *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, Napoli 2018; sui profili generali dell’amministrazione di emergenza, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda* 2005, 5 ss.; F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l’emergenza derivante da cause e fattori interni all’amministrazione*, in *Annuario Aipda* 2005, 93 ss.; S. CASSESE, *I paradossi dell’emergenza*, in *Annuario Aipda* 2005, 221 ss.; F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l’amministrazione dell’emergenza*, in *Foro amm. – Cds*, 2005, 3118 ss.; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell’emergenza*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 44 ss.; A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008; Id., *Le forme organizzative dell’amministrazione di emergenza*, in *Annuario Aipda* 2005, 157 ss.; per approfondimenti sull’amministrazione d’emergenza dal punto di vista costituzionale, F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. cost.*, 1992, 3608 ss.; G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003; Id., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista Aic*, 2010; G. RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, Bari 2010; A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011; F.F. PAGANO, *Dal decreto legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivista Aic* 4/2011.

² Sull’estensione del potere di ordinanza a situazioni non riconducibili all’emergenza, si veda in particolare V. CERULLI IRELLI, *Principi di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, cit., 345 ss. A titolo meramente esemplificativo, la tendenza a dilatare i confini dell’emergenza può ravvisarsi nelle numerose ordinanze in materia di “grandi eventi”: D.P.C.M. 20 marzo 2002 “Dichiarazione di grande evento per il semestre di Presidenza italiano dell’Unione Europea”; D.P.C.M. 19 aprile 2002 “Dichiarazione di grande evento nel territorio della Provincia di Roma in occasione del vertice Nato – Federazio-

figurare un “vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario”, del quale non sempre risultano adeguatamente evidenziate le criticità sotto il profilo costituzionale³.

Le presenti osservazioni si concentreranno in particolare sulla gestione dell'emergenza attraverso il potere di ordinanza, mentre verranno tralasciati i poteri preventivi, precauzionali e di pianificazione volti ad impedire a monte il verificarsi di situazione emergenziali. Sul piano legislativo, il principale e più attuale riferimento è la disciplina sulla protezione civile recata nel d.lgs. n. 1 del 2018 “Codice della protezione civile”, che prevede a livello governativo uno specifico potere d'ordinanza per fronteggiare eventi emergenziali.

Due in particolare sono gli aspetti di maggiore interesse che meritano di essere approfonditi: la compatibilità di un potere amministrativo capace di derogare alla legge con il sistema costituzionale delle fonti e le regole sulla produzione legislativa; la compatibilità con il principio di legalità di un potere che si attua attraverso provvedimenti non esattamente predeterminati nei relativi contenuti ed effetti. Si tratta di due aspetti certamente più volte scandagliati dalla dottrina, ma sui quali è utile ancora interrogarsi, perché da essi possono trarsi delle rilevanti implicazioni sulla più generale questione della legittimazione del potere amministrativo.

I risultati dell'approfondimento verranno conclusivamente misurati sulla citata disciplina recata nel d.lgs. n. 1 del 2018 “Codice della protezione civile” che, allo stato, rappresenta la principale e più attuale normativa di riferimento sul potere straordinario⁴.

ne russa del 28 maggio 2002”; D.P.C.M. “Dichiarazione di grande evento in occasione della cerimonia di beatificazione di Madre Teresa di Calcutta del 19 ottobre 2003”; per quanto riguarda la ricomprensione nell'emergenza di disfunzioni organizzative, sempre a titolo esemplificativo, si veda l'O.P.C.M. 8 novembre 2002 “Ulteriori disposizioni per fronteggiare l'emergenza nel territorio della città di Roma e provincia, nonché interventi urgenti nelle province di Frosinone, Latina, Rieti e Viterbo in ordine alla situazione di crisi socio-economico-ambientale nel settore dei rifiuti urbani, speciali e speciali pericolosi”; O.P.C.M. 3770 del 15 maggio 2009 “Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare l'emergenza rifiuti in Campania”; O.P.C.M. 26 settembre 2006 n. 3543 “Interventi urgenti di protezione civile diretti a fronteggiare l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità del territorio della capitale della Repubblica”.

³ V. CERULLI IRELLI, *Principi di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 377 ss., che sottolinea l'esistenza di “un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione”.

⁴ Sulla nuova disciplina in materia di protezione civile, si veda U. ALLEGRETTI, *Il codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1)*, in *Aedon* 1/2018, 1 ss; Id., *Una rinnovata protezione civile*, in *Astrid Rassegna*, 2017, 5; S. CIMINI, *I soggetti del sistema:*

2. Potere straordinario d'ordinanza e sistema costituzionale delle fonti

Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina giustificava in vario modo l'esercizio dei poteri straordinari⁵. Per Orlando, ad esempio, nelle situazioni di necessità il potere esecutivo poteva assumersi la responsabilità di superare i limiti della legge, purché, al cessare della necessità, tornasse in vigore il “*diritto comune*” e l'atto del potere esecutivo fosse sottoposto al Parlamento “*che valuterà se abbia avuto luogo il concorso di quelle ragioni che giustificano quell'atto ed accorderà o negherà la sua approvazione*”⁶. Santi Romano individuava, invece, nella necessità una vera e propria fonte del diritto tale da giustificare l'adozione di poteri governativi che, sebbene illegali, dovevano pur sempre ritenersi conformi al diritto, quantomeno a quello non scritto⁷. Altri, come Miele, pur senza

intreccio di competenze e regolazione delle emergenze, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., 99 ss.; sulle ordinanze di protezione civile nella vigenza della pregressa disciplina prevista dalla l. n. 225 del 1992, R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile “per l'attuazione” di decreti legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giur cost.*, 2009, 2231 ss.; C. VENTIMIGLIA, *Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 942 ss.

⁵ Per un'approfondita ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di poteri straordinari, si rinvia al contributo monografico di M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012, 5 ss.

⁶ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1894, 185, secondo cui, quando, in presenza di una “causa di necessità pubblica” il potere legislativo non possa essere “interrogato, non solo perché eventualmente disciolto, ma anche perché la rapidità dell'azione non permette gli indugi propri di un'assemblea deliberante”, il potere esecutivo “non solo potrà, ma dovrà assumere la responsabilità di questa azione”, fermo restando che “appena cessata la necessità urgente, non solo debba tornare in vigore il Diritto comune, ma l'atto del potere esecutivo, che oltrepassò i limiti della propria autorità, debba essere sottoposto al Parlamento, che valuterà allora se davvero abbia avuto luogo il concorso di quelle ragioni che giustificano quell'atto, ed accorderà o negherà la sua approvazione (Bill d'indennità)”.

⁷ S. ROMANO, *Sui decreti – legge e lo Stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. di diritto pubblico*, 1909, parte II, ora anche in *Scritti minori*, ristampa dell'edizione del 1950, Milano 1990, I, 349 ss, spec. 360, il quale evidenzia che “la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto. E si noti bene che il suo valore non è ristretto al caso speciale dei poteri d'urgenza del Governo, ma è ben più largo e ha manifestazioni ben più importanti e generali. La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate”; in senso contrario alla concezione di Romano, T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nel-*

attribuire alla necessità la natura di fonte del diritto, le attribuivano una peculiare forza giuridica tale da giustificare, nelle situazioni eccezionali, l'impiego di mezzi diversi da quelli previsti per le situazioni ordinarie⁸.

L'attenzione sulla necessità come fonte del diritto o presupposto non formalizzato nella legge si viene attenuando quando il potere straordinario comincia a trovare fondamento in una prima codificazione positiva, soprattutto nell'ambito dell'amministrazione di polizia, la cui principale espressione è il R.D. 18 giugno 1931 n. 773 "Approvazione del testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza" (T.U.L.P.S.)⁹.

Nella Costituzione, invece, la necessità viene evocata solo negli articoli 77 e 78 che, rispettivamente, attribuiscono al Governo la possibilità di adottare decreti legge in casi straordinari di necessità e urgenza e di esercitare i poteri necessari in stato di guerra. Al di fuori di queste disposizioni, nessun'altra norma costituzionale disciplina un potere amministrativo *extra ordinem* per i casi di necessità e urgenza.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si è così posto il problema di verificare se le pregresse norme sul potere di ordinanza potessero ritenersi legittime nel mutato contesto (costituzionale) che individua esclusivamente nel decreto legge lo strumento per fronteggiare l'emergenza. Più esattamente, la questione si è presentata *in primis* con riferimento all'articolo 2 del T.U.L.P.S, per chiarire se l'attribuzione al Prefetto di

la teoria dogmatica della produzione giuridica, in *Riv. di diritto pubblico*, 1917, I, 269 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, 192 ss., spec. 204 ss., secondo cui "considerare la necessità come fonte di diritto, nel nostro ordinamento giuridico, è altrettanto fuori del diritto positivo, quanto il considerare come fonte del diritto la natura delle cose oppure la volontà divina o la ragione: questi processi, pensati come fonti di diritto, sono diversi e manifestano concezione positiviste o teologiche o razionalistiche del diritto, ma si accomunano nel restare estranei alla categoria delle fonti di norme giuridiche contemplate dall'ordinamento giuridico". L'A. precisa ulteriormente, che "lo stato di necessità in tanto ha una qualsiasi rilevanza giuridica in quanto è contemplato da una norma dell'ordinamento giuridico (...) tale norma è essa stessa una norma sulla produzione giuridica: su di essa si fonda l'atto necessitato di produzione giuridica".

⁸ G. MIELE, *Le situazioni di necessità nello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, ora anche in *Scritti giuridici*, I, 169 ss., spec. 229: "posta la necessità di conseguire un determinato scopo, e non essendovi altro mezzo che superare lo scoglio del diritto scritto; posta, cioè, la necessità al tempo stesso dello scopo e del mezzo, questa necessità funziona come un imperativo giuridico al quale gli organi dell'istituzione non possono sottrarsi; in argomento, con riferimento alla posizione di Miele, M. BROCCA, *L'altra amministrazione*, cit., 12.

⁹ Il riferimento è in particolare all'articolo 2 del T.U.L.P.S. che attribuisce al Prefetto, nel caso di urgenza o grave necessità pubblica, la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; si veda anche il R.D. 6 novembre 1926 n. 1848.

poteri straordinari in casi di urgenza fosse in contrasto con gli articoli 76 e 77 della Costituzione, che stabiliscono rigidamente la procedura della formazione della legge e degli atti aventi valore di legge. Con le sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961, la Corte costituzionale ha ritenuto che le ordinanze prefettizie fossero atti amministrativi strettamente limitati nel tempo, circoscritti ad un preciso ambito territoriale e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza che non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti legge, che hanno altro carattere e altri effetti¹⁰. Successivamente, con la sentenza n. 201 del 1987, il giudice costituzionale ha precisato che, ai fini dell'esercizio di poteri straordinari, occorre una specifica autorizzazione legislativa, che, pur in assenza di una disciplina sul contenuto dell'atto (in tal senso l'atto può considerarsi libero), debba indicare il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata¹¹.

Viene così riconosciuta la compatibilità del potere straordinario con

¹⁰ Corte cost., 20 giugno 1956 n. 8, in *www.cortecostituzionale.it*: “rileva la Corte che la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive. Ora, la giurisprudenza, tanto della magistratura ordinaria che di quella amministrativa, nell'ultimo decennio può dirsi costante nel ritenere che i provvedimenti in questione – non i soli di questo genere previsti nel nostro ordinamento – hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico. Secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti”; in termini, Corte cost., 23 maggio 1961 n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹¹ Corte cost., 28 maggio 1987 n. 201, in *www.cortecostituzionale.it*: “quanto alla contestata base legislativa delle ordinanze impugnate, va riconosciuto che nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.). Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga – ma non anche di abrogazione o di modifica – della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata”; cfr. anche Corte cost. 4 gennaio 1977 n. 4, in *www.cortecostituzionale.it* e Corte cost., 3 aprile 1987 n. 100, in *www.cortecostituzionale.it*.

il sistema costituzionale delle fonti e le regole di produzione legislativa, sul presupposto che il potere esercitato dall'amministrazione non è un potere normativo ma amministrativo, che in quanto tale non può innovare al diritto con forza di legge. In quest'ottica, la circostanza che il potere straordinario possa disporre in contrasto con la legge, sebbene nel rispetto dei principi dell'ordinamento e dei diritti garantiti dalla Costituzione, non sovvertirebbe il sistema delle fonti, perché la legge non viene abrogata, ma soltanto derogata per un periodo temporalmente delimitato dalla situazione di emergenza. La situazione di emergenza, intesa come imprevedibile situazione di straordinaria urgenza, diventa pertanto il presupposto naturale dell'esercizio del potere straordinario, nel senso che solo in presenza di un'emergenza può ipotizzarsi una deroga temporanea della legge, ma non già un'abrogazione definitiva destinata ad essere colmata da una nuova e stabile disciplina. Quantomeno nelle intenzioni, questa impostazione dovrebbe riuscire a superare quelle tesi, anche recentemente ribadite, secondo cui l'ordinamento costituzionale individuerrebbe nel decreto legge l'unico ed esclusivo strumento a disposizione del Governo per fronteggiare situazioni di emergenza, attraverso l'adozione di norme giuridiche dotate della forza di legge e perciò pienamente capaci di abrogare la legge¹². Se, infatti, le ordinanze sono atti "soggetti alle regole sostanziali sull'esercizio del potere amministrativo" e

¹² G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., 452 ss., secondo cui il potere straordinario di ordinanza deve ritenersi incostituzionale per le seguenti due ragioni: "la riserva di decreto legge in tema di emergenza e la lesione della forza di legge". Più precisamente, l'A. rileva che è "possibile individuare una riserva di decreto legge in casi straordinari di necessità e urgenza: parafrasando la disposizione citata è come se essa stabilisse che "in casi straordinari di necessità e urgenza solo il Governo può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge" (...) interpretando in questo modo l'art. 77 sembra derivarne un limite invalicabile per l'ammissibilità degli atti necessitati, diversi dal tipico provvedimento d'urgenza, i quali si arroghino la forza che contraddistingue l'atto parlamentare. La ratio della norma è, infatti, propria quella di escludere che nelle situazioni di emergenza possano verificarsi sovvertimenti del sistema delle fonti e, per l'effetto, della forma di governo". Con riferimento al secondo aspetto delle "lesione della forza di legge", l'A. sottolinea che l' "illegittimità delle ordinanze in deroga a fonti primarie deriva non tanto dalla loro capacità innovativa dell'ordinamento giuridico quanto dalla possibilità di superare la stessa forza di legge: il vulnus che viene così arrecato agli atti primari si pone al di fuori di qualsiasi previsione costituzionale" (453). Sulla base di queste considerazioni, l'A. ritiene che un residuale potere amministrativo di urgenza sarebbe ammissibile nelle seguenti ipotesi: ordinanze "che non pretendano di sospendere e/o derogare provvisoriamente alcuna norma primaria; ordinanze a "presupposto speciale e contenuto vincolato", in relazione alle quali la decisione sulla derogabilità della legge è di fatto riconducibile ad una fonte primaria; ordinanze "previste in una fonte di livello costituzionale" (456 ss.).

sottoposti al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, anche ove assumano contenuto generale e astratto il loro valore formale non è paragonabile a quello degli atti legislativi, poiché, a causa del “*carattere limitato e transeunte (contingibilità) delle disposizioni emanate*”¹³, restano prive di una reale capacità innovativa dell’ordinamento. Ovviamente, una siffatta ricostruzione può accogliersi se si ravvisa una differenza qualitativa tra gli effetti della deroga e quelli dell’abrogazione. Viceversa, se deroga e abrogazione vengono posti sullo stesso piano, resta difficile conciliare i caratteri delle ordinanze con le regole sulla produzione legislativa previste dalla Costituzione¹⁴.

In ogni caso, anche ove si riconosca natura normativa alle ordinanze di necessità e urgenza, l’effetto abrogativo non sembrerebbe così diverso da quello che si determina con il regolamento delegificante, rispetto al quale, se è la legge che autorizza il Governo a regolare materie già coperte da disposizioni legislative, l’abrogazione della disciplina legislativa è cor-

¹³ Così V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, cit., 370, secondo cui la tesi che individua nel decreto legge il solo strumento idoneo a derogare alla legge nelle situazioni di emergenza non è condivisibile “perché gli atti di cui ci occupiamo (sia le ordinanze di necessità e di urgenza nella forma tradizionale, sia quelle di protezione civile adottate dal Governo) sono atti amministrativi (e questo punto è da ritenere pacifico), soggetti alle regole sostanziali (discrezionalità, ragionevolezza, vincolo nel fine, etc.), circa l’esercizio del potere amministrativo nonché al controllo giurisdizionale nella forma prevista per gli atti amministrativi (azioni cautelari, demolitorie, risarcitorie, etc.), senza alcuna limitazione. Quindi il valore formale di tali atti, laddove assumono sia contenuto generale e astratto, sia contenuto singolare e concreto, e la loro forza, in nessun modo è paragonabile a quella degli atti legislativi. E la capacità innovativa dell’ordinamento (esattamente negata dalla Corte a tali atti) effettivamente non sussiste, non solo per il carattere del tutto limitato e transeunte (contingibilità) delle disposizioni emanate tramite tali atti, ma perché essi restano esercizi di funzione amministrativa e perciò del tutto rapportabili all’ambito complessivo dell’ordinamento (perciò non innovativi dello stesso)”; cfr. anche G. U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., 94, il quale evidenzia che “le ordinanze debbono avere, pena la loro incostituzionalità, una limitata e temporanea capacità innovativa nell’ordine legislativo secondo i limiti posti dalla Costituzione e dalle stesse norme attributive dei relativi poteri, laddove per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente nell’ordine legislativo”; Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., 2185 ss.

¹⁴ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., 452 secondo cui “non sembra però correre una differenza qualitativa tra gli effetti della deroga temporanea e quelli dell’abrogazione. Infatti, anche le ordinanze limitano l’efficacia qualificatoria delle norme sospese, e la constatazione che si tratta di un effetto temporaneo non esclude che anche in questo caso si assista ad una riduzione d’efficacia della norma recessiva”; su questi temi, si veda G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 110 ss.

relata all'entrata in vigore del regolamento secondo la tecnica della c.d. abrogazione differita. Il principio di legalità sarebbe pertanto pur sempre rispettato, in quanto è la stessa legge che contiene una "autorottura" della fonte cui appartiene consentendo espressamente o implicitamente la deroga¹⁵.

Una volta chiarito che il presupposto per l'esercizio dei poteri straordinari è la situazione di emergenza, intesa come situazione imprevedibile, provvisoria, insuscettibile di essere gestita con strumenti ordinari, non è difficile constatare come tale presupposto possa ritenersi inverato esclusivamente al cospetto delle calamità naturali, ma non anche, come invece si evince da un certo contesto normativo, amministrativo e giurisprudenziale, a fronte di disfunzioni amministrative e c.d. grandi eventi¹⁶. Infatti, nei casi di *maladministration* e grandi eventi, le vicende sono tendenzialmente prevedibili e conosciute e, se non fronteggiabili con gli strumenti ordinari, devono essere oggetto di una nuova disciplina legislativa destinata a permanere stabilmente nel tempo, la quale possa creare le più adeguate premesse per la compiuta gestione della disfunzione o dell'evento¹⁷. In queste

¹⁵ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 117, il quale, dopo aver accostato il fenomeno del potere straordinario a quanto si verifica con il regolamento delegificante, rileva che, nel caso delle ordinanze di necessità e urgenza, "non si modifica la legge bensì si pongono i presupposti perché la legge non venga applicata e di rimando sostituita da previsioni di natura secondaria. In altri termini è la stessa legge abolitiva che contiene una autorottura o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga. Sicché il principio di legalità degli atti amministrativi è rispettato in quanto il potere della pubblica amministrazione è comunque fondato su una autorizzazione legislativa. Anzi: poiché le ordinanze di necessità e di urgenza sono esplicitamente previste dalla legge, non solo non derogano al principio di tipicità (ferme restando le imbrigliature di cui si è più volte detto, che introducono un quid di tipicità), ma questo non è sancito in Costituzione. Tanto più che da tempo, dottrina e giurisprudenza (sia amministrativa che costituzionale) configurano se mai nel metodo del procedimento, e in specie nella consequenzialità logica tra istruttoria e motivazione, la struttura idonea ad inverare il principio di legalità".

¹⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 24 dicembre 2011 n. 10184, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, "se è vero che, soprattutto negli ultimi anni, la superfetazione della decretazione d'urgenza ha indotto un'evidente espansione del concetto stesso di "straordinarietà" dell'intervento (in molti casi atteggiandosi quale "ordinaria" modalità di attuazione dell'azione pubblica)", deve essere piuttosto rimarcato come "la necessità di riaffermazione dell'ordinario quadro normativo ordinamentale imponga di ricondurre l'impiego di tale strumento in un ambito di effettiva, quanto comprovabile, eccezionalità: sì da scongiurare la praticabilità di surrettizie scorciatoie esclusivamente preordinate a garantire l'inosservanza della legge, laddove quest'ultima venga "sterilizzata" dalla consentita derogabilità alle disposizioni di rango primario".

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*,

situazioni, l'eventuale riconoscimento di un potere straordinario anche in deroga alla legge verrebbe a confliggere con il sistema delle fonti, perché degli atti amministrativi finirebbero di fatto per sostituirsi stabilmente ad una disciplina legale. Conseguentemente, le leggi che attribuiscono poteri straordinari per fronteggiare situazioni non riducibili all'emergenza propriamente intesa devono ritenersi incostituzionali per incompatibilità con le regole che disciplinano la produzione legislativa¹⁸. L'affermazione va adeguatamente sottolineata perché il fenomeno della c.d. stabilizzazione dell'emergenza trova la prima causa proprio nella legge e non soltanto nelle cattive pratiche amministrative che quella legge interpretano troppo estensivamente¹⁹. In questi termini non si è specificamente pronunciata nemmeno la Corte costituzionale, poiché, nel confrontarsi con le questioni dell'emergenza, ha più spesso risolto dei conflitti di attribuzione anziché dichiarare incostituzionali le leggi attributive del potere di ordinanza²⁰. Un'indicazione può probabilmente trarsi dalla sentenza n. 115 del 2011, con la quale Corte ha dichiarato incostituzionale l'articolo

cit., 371, secondo cui, a differenza delle situazioni di calamità naturali, i grandi eventi e le disfunzioni amministrative non sono riconducibili o rapportabili al potere straordinario dell'amministrazione. Più esattamente, rileva che, per i grandi eventi e le disfunzioni amministrative, si tratta di "vicende prevedibili e conosciute che necessitano dell'applicazione di una disciplina ordinaria, sua pure adattata alle loro peculiarità; e che non sono caratterizzate da alcuna ragione di urgenza (...) in questi casi, i presupposti legittimi per l'attivazione dei poteri straordinari di ordinanza, non sussistono e la situazione, se non può essere affrontata con gli strumenti ordinari (cioè quelli previsti dall'ordinamento anche attraverso gli strumenti ordinariamente previsti per le situazioni di urgenza e per i fatti di inadempienza che sopra abbiamo ricordato), deve essere oggetto di disciplina legislativa (o quantomeno normativa) speciale (appositamente prevista)"; A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli 2018, 87 ss.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 371, secondo cui "condizione per l'esercizio legittimo del potere di ordinanza (e quindi per la legittimità costituzionale della legge che lo prevede) è la sussistenza (rilevabile e valutabile in fatto) di una situazione di emergenza, caratterizzata, come s'è detto, da tre elementi: l'imprevedibilità, la provvisorietà, l'impossibilità di farvi fronte con strumenti ordinari".

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 377, che rileva come, sotto il profilo della compatibilità costituzionale, non sia stato adeguatamente affrontato il problema inerente alla configurazione di "un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione".

²⁰ Si veda, ad esempio, Corte costituzionale, 28 maggio 1987 n. 201, cit.; Corte costituzionale, 14 aprile 1995 n. 127, in www.cortecostituzionale.it; Corte costituzionale, 5 febbraio 2003 n. 39, in www.cortecostituzionale.it;

54 co. 4 TUEL nella parte in cui, per eliminare pericoli che minacciano la sicurezza urbana, attribuiva in via ordinaria al Sindaco quale ufficiale del governo dei poteri non predeterminati nei contenuti e negli effetti, anche al di fuori dei casi di contingibilità e urgenza²¹. Sebbene il potere oggetto della pronuncia non si configuri in realtà come vero e proprio potere straordinario in quanto non è previsto che possa derogare alla legge, dalla sentenza può desumersi il principio che poteri non predeterminati nei contenuti possano essere attribuiti solo in presenza di una situazione contingibile e urgente.

3. *Potere straordinario d'ordinanza e principio di legalità*

La seconda questione richiede d'interrogarsi sull'effettiva compatibilità con il principio di legalità di norme che attribuiscono all'amministrazione poteri straordinari senza predeterminare esattamente il contenuto e gli effetti dei relativi atti. La risposta è certamente affermativa se ci si arresta al concetto di legalità meramente formale, per la semplice ragione che, nella generalità dei casi, il potere straordinario viene pur sempre espressamente attribuito dalla norma. Secondo le concezioni formali del principio di legalità, infatti, l'esistenza di una norma attributiva del potere verrebbe ad esaurire la portata prescrittiva del principio di legalità, giustificando (legittimando) l'esercizio del potere conferito all'amministrazione.

Senonché, le concezioni formali del principio di legalità, pur non

²¹ Corte costituzionale, sentenza 7 aprile 2011 n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*. Oggetto della decisione è l'articolo 54, co.4, del d.gls. n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza. La Corte afferma che «la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge».

estranee ad alcuni approdi dottrinali²² e giurisprudenziali²³, sono gene-

²² F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova 1969, 256, che sottolinea che “la disciplina legislativa dell’amministrazione costituisce ben povera garanzia del privato e della comunità con questi; è soltanto garanzia formale; essenziale è che la disciplina (e quindi l’azione) sia buona, affinché sia buona ed adeguata agli interessi l’azione amministrativa. Di fronte a questa esigenza fondamentale, è chiaro che il bisogno di tutela del singolo cambia indirizzo, adeguandosi a questo altro, fondamentale e collettivo, derivato dalla complessità della vita odierna: non si tratta quindi più tanto di avere rapporti con un’amministrazione che sia limitata dalla legge, ma con un’amministrazione che agisca bene; e che agisca bene sempre, cioè non possa arbitrariamente adottare un provvedimento o un altro. Queste sono l’esigenza e la regola dell’imparzialità, queste sono l’esigenza e la regola della previa norma, rispetto alle quali è in generale irrilevante chi la detti, purché sia norma buona”; Id., *Il problema dell’amministrazione*, Parte I, in *Sudi economico-giuridici*, Volume XLVII, 1971-72, Milano 1973, 227 ss.

²³ Recentemente, le concezioni formali del principio di legalità sono venute in parte in rilievo nella questione dei c.d. poteri impliciti delle Autorità indipendenti. Si tratta, come noto, di poteri regolatori che, sebbene non chiaramente individuati dalla norma, si desumono dalle specifiche finalità che l’Autorità è chiamata a perseguire. In questi casi, si è ritenuto che la dequotazione del principio di legalità (sostanziale) possa essere bilanciata da un rafforzamento delle garanzie procedimentali, che, nello specifico ambito delle Autorità indipendenti, si sostanzia nella partecipazione degli operatori di settore al procedimento di adozione della disciplina regolamentare; Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015 n. 1532, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “l’esercizio dell’attività di regolazione da parte delle Autorità di settore impone di assicurare in modo quanto mai ampio la c.d. legalità in senso procedimentale”. Dopo avere rilevato che “nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore (quali quelli della cui legittimità qui si discute) la legge, tuttavia, normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività”, la sentenza precisa che “la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell’articolo 17, cit., secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell’esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del sistema”, sottolineando che “una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”. Più esattamente, la pronuncia osserva che “la dequotazione del tipico principio di *legalità in senso sostanziale* - giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori quali quelli demandati alle Autorità amministrative indipendenti - impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale il quale si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell’ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari”; in termini, si vedano anche Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in www.giustizia-amministrativa.it; sul tema, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione,

ralmente recessive rispetto alle concezioni sostanziali del principio, che richiedono alla legge non soltanto di attribuire il potere ma anche di individuare i criteri direttivi che il potere attribuito è tenuto a rispettare nel suo esercizio²⁴. In tal senso la giurisprudenza costituzionale è ferma nel ritenere che, ai fini dell'esercizio del potere straordinario, occorra “una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento”²⁵. Più precisamente, la Corte costituzionale ha costantemente affermato che, per ritenersi compatibili con il principio di legalità, le previsioni sul potere straordinario debbano essere formulate in modo tale da garantire l'attuazione dei canoni e delle garanzie proprie degli atti di natura amministrativa²⁶. Si è così sostenuto

Milano 2008, 215, che osserva che “la motivazione, in una con il contraddittorio (così come nei confronti di regolamenti titolati solo per obiettivi) contribuisce a recuperare la legalità e dunque a giustificare l'implicit power, in quanto la legalità si persegue anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale “forte” del provvedimento”; Id., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 93 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001; di recente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli 2018.

²⁴ G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., 95; Id., G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 246 ss.. Sulla necessità di una concezione sostanziale del principio di legalità sostanziale, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, secondo cui “non infrequente è invero la riduzione del principio alla mera esigenza di una base legale per i poteri dell'amministrazione, esigenza che si assume soddisfatta anche da una legge che non fornisca indicazione alcuna intorno all'esercizio dei poteri che conferisce, né disciplini in qualche modo la materia (...) la legalità intesa in senso puramente formale finisce per vanificare totalmente le istanze che per suo mezzo dovrebbero venire soddisfatte. Una legge che conferisca poteri in bianco nullifica sia l'istanza garantista che quella democratica”; F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 83 ss.; sul principio di legalità nella giurisprudenza amministrativa, si veda A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 1995, 91 ss., il quale evidenzia che “accettare un'attuazione modulata del principio di legalità non può significare che si ammettano deroghe o sospensioni al principio stesso, o che si possa ammettere che al criterio della legittimazione democratica del potere amministrativo si sostituiscano “valori” che talvolta rischiano di essere solo il portato contingente di un modo di pensare dei giudici”.

²⁵ Corte cost., 28 maggio 1987 n. 201, cit; sull'elaborazione giurisprudenziale in tema di potere straordinario di ordinanza, A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 3009 ss.

²⁶ Corte cost., 2 luglio 1956 n. 8, cit., che, a proposito dell'articolo 2 del T.U.L.P.S. relativo alle ordinanze prefettizie d'urgenza, ha evocato l'esigenza di una nuova formulazione della norma che “assicuri l'attuazione di alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi d'urgenza”, precisando che tali canoni possano così riassumersi: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami del-

che la disciplina sul potere straordinario debba: garantire che il potere di ordinanza rispetti i principi generali dell'ordinamento giuridico; escludere che le ordinanze d'urgenza possano intervenire in materia coperte da riserva assoluta di legge ma solo nelle ipotesi di riserva relativa; limitare nel tempo la capacità derogatoria della legge; indicare adeguatamente i settori dell'ordinamento sui cui incide il potere straordinario; porre un chiaro nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme oggetto di deroga; assicurare proporzionalità tra evento e misure approntate per fronteggiarlo; prevedere adeguati oneri motivazionali e rigorosi accertamenti istruttori (anche) volti ad accertare che la situazione non possa essere affrontata con i poteri ordinari; garantire un necessario raccordo procedurale con le amministrazioni interessate nel rispetto delle sfere di autonomia degli enti territoriali²⁷.

la necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi generali dell'ordinamento giuridico"; si veda anche Corte cost., 28 maggio 1987 n. 201, cit., secondo cui "anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie è soggetto a rispettare le garanzie costituzionali, e a non invadere la "riserva assoluta" di legge (nello stesso caso di "riserva relativa" la norma primaria attributiva dei cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale: cfr. sent. n. 26 del 1961); per altro verso, che, pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare".

²⁷ Corte cost., 14 aprile 1995 n. 127, cit.: "questa Corte ha già sottolineato il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentt. 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956). Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione. L'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale (...). La legge stabilisce la partecipazione della Regione all'organizzazione e all'attuazione delle attività di protezione civile (art. 12, richiamato dall'art. 5, sullo stato di emergenza e il potere di ordinanza); e si preoccupa, poi, di fissare precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività dei commissari delegati (come questa Corte ha affermato, vagliando la legittimità costituzionale della legge n. 225, nella sentenza n. 418 del 1992, considerato in diritto, n. 5)". Come già precisato, la Corte ha ritenuto che, ove non contrastino con i "principi dell'ordinamento", i provvedimenti d'urgenza restano "legittimamente nella sfera dell'attività amministrativa" e che, in particolare, devono ritenersi legittimi se dotati di "efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza" e corredati di "adeguata motivazione" (Corte cost., 20 giugno 1956 n. 8, cit.); Corte cost.,

Se ne trae, dunque, una concezione del principio di legalità in senso sostanziale e non già meramente formale, che richiede alla legge la precisa individuazione dei presupposti, della materia e delle finalità proprie del potere attribuito, nonché la previsione delle specifiche garanzie procedurali che devono presiedere all'esercizio del potere attribuito²⁸. In questo contesto, la mancata predeterminazione dei contenuti e degli

23 maggio 1961 n. 26, cit; in dottrina, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., 2185 ss. Nell'ottica del principio di predeterminazione, la stessa amministrazione ha talvolta inteso predeterminare il contenuto delle misure adottabili con le ordinanze d'urgenza (cfr. Direttiva Presidente Consiglio Ministri 26 ottobre 2012 recante "indirizzi per lo svolgimento delle attività propeedeutiche alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri, da adottare ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992 n. 225 e successive modifiche ed integrazioni, alla luce del decreto-legge 15 maggio 2012 n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012 n. 100"). Anche la giurisprudenza amministrativa, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 24 dicembre 2011 n. 10184, cit., ha precisato che "deve pertanto ritenersi che l'esercizio dell'eccezionale potere in discorso, proprio in ragione della particolare pervasività delle ricadute indotte dalla derogabilità di (talora significativamente estesi) complessi normativi di rango primario, non possa legittimamente sottrarsi all'ostensione di un apparato motivazionale che, fuori dall'effusione di stereotipate enunciazioni, dia dimostratamente conto della effettiva consistenza della situazione emergenziale, riguardata con riferimento: sia agli interessi suscettibili di essere compromessi; che alla inidoneità degli "ordinari" mezzi (e, con essi, della presupposta configurazione normativa degli interventi) al fine di promuoverne la soluzione"; si veda anche Cons. St., Sez. IV, 16 novembre 2011 n. 6050, in www.giustizia-amministrativa.it che, con riferimento ad uno stato di emergenza dichiarato in relazione agli insediamenti di comunità nomadi, ha rilevato il difetto di istruttoria e motivazione degli atti dichiarativi dello stato di emergenza nella misura in cui in essi non è "possibile rinvenire le tracce di un pregresso infruttuoso tentativo d'impiego dei ridetti strumenti ordinari, ovvero di circostanze di fatto da cui poter evincere in maniera chiara e univoca l'inutilità di un ricorso ad essi".

²⁸ La concezione sostanziale del principio di legalità è affermata dalla Corte anche in più recenti pronunce. Si veda, ad esempio, Corte cost., 4 aprile 2011 n. 115, in www.corte-costituzionale.it: "questa Corte ha affermato in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad un'autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una totale libertà al soggetto od organo investito della funzione (sentenza 307/2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e l. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa". Proprio il riferimento all'"elasticità" della copertura legislativa conferma la continuità con l'orientamento più risalente che, come si è visto, ritiene rispettose del principio di legalità previsioni normative che attribuiscono il potere individuandone presupposti, materia e finalità, anche se non disciplinano compiutamente il contenuto e gli effetti degli atti (in termini, con riferimento ad un potere sostitutivo nei

effetti delle ordinanze d'urgenza non viene ritenuta incompatibile con il principio di legalità, proprio perché, attraverso l'individuazione di presupposti, materia e finalità, le norme circoscrivono in modo sufficiente la discrezionalità che caratterizza l'esercizio del potere straordinario. Vero è che la mancata predeterminazione del contenuto e degli effetti del provvedimento sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di tipicità degli atti amministrativi, che, secondo le prevalenti ricostruzioni, rivela il suo elemento caratterizzante proprio nella predeterminazione del contenuto e degli effetti dell'atto²⁹. Tuttavia, come anche evidenziato in dottrina, il concetto di tipicità non richiede a ben vedere un atto amministrativo "fatto a macchina" ma soltanto la presenza di alcune necessarie statuizioni che riconducano l'atto ad uno schema normativo³⁰. Ne consegue che, ove la legge disciplini presupposti, materia, finalità e garanzie procedurali, la tipicità non può ritenersi esclusa solo perché manchi la predeterminazione del contenuto dell'atto, a maggior ragione nell'ipotesi di poteri straordinari in cui per definizione le misure per fronteggiare l'emergenza possono essere compiutamente individuate solo *ex post*³¹. Dal-

confronti degli enti locali, si veda anche la recente sentenza della Corte cost., 24 luglio 2019 n. 195, in *www.cortecostituzionale.it*).

²⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982, 545; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 26 ss.

³⁰ M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, 1996, anche in M.S. GIANNINI, *Scritti*, volume IX, Milano 2006, 453 ss., secondo cui "dicendosi atto tipico, non occorre affatto pensare ad un atto fatto a macchina, che contenga solo talune proposizioni tipi: già negli schemi normativi l'atto tipico può presentare una certa varietà di ampiezza, quindi contenuti anche di una certa diffusione. Il carattere della tipicità attiene solo alla presenza, necessaria, di talune statuizioni e/o al contenuto, sempre necessario, di talune di esse (...) Invero la tipicità non va oltre la necessità di taluni elementi e/o il contenuto necessario anche solo di taluno di essi. Quindi, in linea teorica, se questo disposto di legge viene osservato, non vi è in astratto ulteriore limite di legge da osservare. Quindi, sempre in astratto, il provvedimento potrebbe anche spaziare in amplissima discrezionalità"; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 17: "la tipicità (in relazione al contenuto) parrebbe non imporre uno schema identico ad ogni atto; si modella secondo un criterio di proporzionalità fra tipo di presupposto del potere e interessi da tutelare".

³¹ F. SATTÀ, *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, in cui, si opera uno stravolgimento del principio di tipicità degli atti amministrativi rilevando che "in quanto espressione di una volontà cui è dato di essere giuridicamente efficace ad onta della sua unilateralità, l'atto amministrativo non può che essere atipico, perché infinite, quasi nel senso matematico del termine, sono le forme che la volontà può assumere. Il solo limite è il rispetto dell'ordinamento: che non può svolgere rispetto ad esso altro che un ruolo negativo e ordinatore, di limite, non certo condizionarne – appunto con categorica tipicità- le espressioni"

la giurisprudenza della Corte costituzionale sul potere straordinario può pertanto trarsi conferma che la tipicità intesa come predeterminazione del contenuto e degli effetti dell'atto non costituisce elemento essenziale ed imprescindibile del principio di legalità, come del resto si evince anche dal fatto che nessuna norma costituzionale si riferisce alla tipicità come carattere necessario del provvedimento amministrativo³².

Un'altra indicazione che può desumersi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale attiene al ruolo delle garanzie procedurali. Laddove richiede proporzionalità tra evento e misure approntate per fronteggiarlo, adeguati oneri motivazionali, rigorosi accertamenti istruttori, raccordi procedurali con le altre amministrazioni interessate, il giudice costituzionale individua nelle garanzie procedurali un rilevante elemento di legittimazione del potere straordinario. Sul piano teorico, la valorizzazione delle garanzie procedurali evoca le concezioni c.d. oggettive del potere amministrativo che, nel loro nucleo essenziale, tendono a legittimare l'azione dei pubblici poteri anche in ragione delle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in base alla legge o alla riferibilità dell'*agere* al soggetto pubblico³³. In quest'ottica, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa viene a trovare il suo pieno e completo svolgimento proprio nel procedimento perché è questo che garantisce un'a-

³² G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., 95: "non esiste infatti alcuna norma della nostra Costituzione che sancisca il principio di tipicità degli atti amministrativi"; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 117.

³³ Per una concezione del potere declinata in senso c.d. oggettivo, si veda, in particolare, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, 118 ss.; *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1950, 1; Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 807 ss.; *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di Scienza dell'amm.*, 1978, 6 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968; Id., *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 780 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Napoli 2018, 549 ss.; più di recente, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 415; *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991; *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2007; *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?* – in margine al recente convegno dell'Aipda –, in *Dir. amm.* 4/2011; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano 1994, 1303, ora anche in *Scritti scelti*, II, Napoli 2010, 523 ss.; si veda ancora M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova 2001; L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.; Id., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2018, 199 ss.

zione amministrativa effettivamente rispettosa dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, consentendo all'amministrazione di conoscere compiutamente i fatti, di apprezzare gli interessi in gioco basandosi sulla conoscenza di quei fatti, di rendere prevedibili e riconoscibili le scelte adottate in termini di razionalità e coerenza³⁴. Il che implica che, seppure la decisione non sia esattamente predeterminata nel contenuto, le garanzie procedurali che ne informano il processo formativo dovrebbero potenzialmente assicurare l'idoneità della scelta a soddisfare in concreto l'interesse pubblico astrattamente prefigurato dalla norma³⁵.

Tali garanzie tendono così a supportare il pieno rispetto del principio di legalità, nei casi in cui la legge, pur delimitando il potere attribuito nei presupposti e nelle finalità, manchi di predeterminare esattamente il contenuto e gli effetti del provvedimento in ragione della peculiare situazione emergenziale che lo stesso è chiamato a fronteggiare³⁶.

³⁴ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo, e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilanciamento di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, Rimini 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 245: "se lo schema valutativo è imperniato sul rapporto tra attività d'indagine, problema e decisione, il senso del giudizio riguardante la giustificazione concreta dell'autorità che si è manifestata nel concreto, e quindi di quella statuizione che non è semplice attuazione della legge, può essere correttamente espresso soltanto in termini di "razionalità"; Id., *L'attività amministrativa*, pubblicato negli Atti del XXX° Convegno di studi di scienze dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984 su *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Milano, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova 2002, 257 ss.; Id., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.* 1993, 133 ss.

³⁵ A proposito della procedimentalizzazione dell'azione, A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e proc. amm.* 1/2007, 97 ss., spec. 107, osserva che la legittimazione che si esprime nel procedimento "si fonda sulla garanzia che il processo di selezione delle diverse opzioni si articoli in maniera non soltanto razionale, ma soprattutto neutrale, sicché la decisione che scaturisce dal procedimento appare come quella che sarebbe concretamente assunta da un qualsiasi decidente dotato di ragione e di conoscenze adeguate"; Id., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991, 51 ss.; Id., *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 455; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., 245; Id., *L'attività amministrativa*, cit., 270; G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, cit., 569, in cui si tende più specificamente a distinguere il procedimento dal processo o dalla procedura, individuando proprio nel processo – procedura "la regola del rapporto delle parti nella dinamica dell'attuazione del potere"; Id., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus*, 1996, 283 ss.; si veda anche M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss., secondo cui la partecipazione al procedimento amministrativo assurge a "fonte di legittimazione del potere amministrativo"; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli 2000.

³⁶ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962,

4. Considerazioni conclusive

Possono così svolgersi alcune osservazioni conclusive volte a verificare se la disciplina sulla protezione civile recata nel d.lgs. n. 1 del 2018, che allo stato rappresenta la principale e più attuale normativa di riferimento sul potere straordinario, si riveli compatibile con il sistema costituzionale delle fonti e con il principio di legalità. Sotto il primo aspetto, si è chiarito che solo in presenza di una situazione di emergenza imprevedibile e provvisoria può ipotizzarsi una deroga temporanea della legge nell'e-

133 ss., sottolineava che la vera “garanzia dei diritti non si esaurisce né nel principio di legalità dell'amministrazione, tradizionalmente inteso come subordinazione dell'amministrazione alla legge; né, ove lo si consideri un principio differenziale, nel principio della riserva di legge, ma richiede per di più che tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento sussistano un margine, uno stacco, tale da consentire quei rimedi in sede amministrativa e giurisdizionale che non sarebbero possibili nei confronti della legge”, precisando che “il provvedimento deve essere lo sbocco di un procedimento nel corso del quale gli interessati sono posti in grado di far valere le proprie ragioni; G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano 1992, 675 ss., il quale evidenzia che “recenti e accurate indagini hanno chiarito che il legislatore, laddove dispone in materia coperta da riserva di legge relativa, è solito affiancare alle garanzie contenutistiche, rappresentate da principi e criteri direttivi, una serie di garanzie procedurali” e che “in sostanza, sono ravvisabili numerose fattispecie, nelle quali, ad una sommaria disciplina sostanziale di una materia riservata alla legge, viene ad associarsi la previsione della partecipazione, a vario titolo, al procedimento di emanazione dell'atto della P.A., di organi o soggetti espressivi di istanze di varia natura”, precisando che “di fronte ad una certa qual sommarietà contenutistica del dettato legislativo, il rispetto della riserva di legge e l'inveramento della garanzia ad essa correlata, si misurano anche in relazione alla peculiare conformazione del procedimento previsto dalla legge per l'emanazione dell'atto sublegislativo”, sicché da tale indirizzo “è possibile ricavare la funzione della garanzia procedurale, quale antidoto della estrema sinteticità dei criteri contenutistici: vale a dire, la funzione di assicurare la valutazione concreta e comparativa degli interessi cui non sarebbe possibile pervenire attraverso il dettaglio e la tassatività dei criteri contenutistici, attesa la variegata delle situazioni da disciplinare”; Id., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 93 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna 2001, III ed., 205, il quale sottolinea che “l'attività amministrativa non può considerarsi integralmente come proiezione ed esecuzione della legge, perché l'amministrazione, nel suo complesso, ha un profondo e diretto radicamento nel corpo sociale, che ne legittima di per sé la veste autoritaria, senza bisogno che la sua attività trovi, in ogni suo aspetto, un preciso riscontro legislativo”; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Volume I, Napoli 2012, 752, che osserva che “da sempre la giurisprudenza amministrativa esprime una marcata preferenza per la discrezionalità, interpretando le norme attributive del potere preferibilmente nel senso di attribuire spazi di discrezionalità in senso ampio all'amministrazione, sulla base dell'assunto che la legge non sia in grado, per la sua astrattezza, di curare adeguatamente l'interesse pubblico”.

esercizio del potere straordinario. Per contro, disfunzioni amministrative o c.d. grandi eventi non inverano alcun presupposto emergenziale, dovendosi ritenere incostituzionali per violazione delle regole sulla produzione legislativa quelle leggi che attribuiscono poteri straordinari per fronteggiare situazioni non riducibili all'emergenza propriamente intesa. Sotto il secondo aspetto, si è precisato che il principio di legalità sostanziale non richiede necessariamente una compiuta predeterminazione del contenuto dei provvedimenti, soprattutto se, come accade al cospetto di situazioni emergenziali, le misure da adottare non siano individuabili *a priori*. Resta inteso che, in difetto di una compiuta tipizzazione dei contenuti e degli effetti dei provvedimenti, la legge deve pur sempre sufficientemente circoscrivere la discrezionalità amministrativa individuando i presupposti, la materia e le finalità correlate al potere attribuito, nonché prevedendo adeguate e specifiche garanzie procedurali a presidio del processo formativo dei provvedimenti stessi.

Ebbene, con riferimento al primo dei due profili, la nuova disciplina sulla protezione civile recata nel d.lgs. n. 1 del 2018 sembra effettivamente circoscrivere il potere di ordinanza alle sole situazioni definite dall'articolo 7, lettera c) in termini di "*emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24*"³⁷. L'articolo 24 del decreto legislativo condiziona infatti il potere del Consiglio dei ministri di deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale al "*verificarsi degli eventi che (...) presentano i requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c)*", prescrivendo che sia la stessa deliberazione a fissare la durata e l'estensione territoriale dello stato di emergenza nazionale "*con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi*", nonché

³⁷ Le lettere a) e b) dell'articolo 7 d.lgs. 1 del 2018 prevedono le seguenti ulteriori due tipologie di eventi emergenziali: a) "emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria"; b) "emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più amministrazioni competenti in via ordinaria". Il verificarsi di tali eventi può determinare la dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile ai sensi dell'articolo 23 del d.lgs. n. 1 del 2018, alla quale, ove dovessero comunque presentarsi i requisiti di cui all'articolo 7 lettera c), può seguire la deliberazione dello stato di emergenza nazionale di cui all'articolo 25.

ad autorizzare l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui al successivo articolo 25.

Va aggiunto che, in linea con quanto già previsto dal D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, i grandi eventi vengono del tutto eliminati dall'ambito di applicazione della disciplina emergenziale, come espressamente confermato dall'articolo 16 co. 3, ai sensi del quale “*non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative*”³⁸. Quanto, invece, ai casi di c.d. *maladministration*, il riferimento dell'articolo 7 lettera c) ad eventi calamitosi “*derivanti dall'attività dell'uomo*” potrebbe in ipotesi lasciare spazi per ricomprenderli all'interno dell'emergenza, ma si tratterebbe a questo punto di una forzatura interpretativa in contrasto con il chiaro intento, desumibile dal complesso dell'intervento normativo, di circoscrivere l'ambito applicativo della disciplina all'emergenza propriamente intesa³⁹.

Più in dettaglio, merita ancora segnalare che, in linea con la pregressa normativa di cui alla legge n. 225/1992, l'articolo 2 del decreto legislativo non ricomprende espressamente tra gli obiettivi e i compiti del sistema di protezione civile la generale attività di ricostruzione degli insediamenti. Come è stato osservato, la mancata espressa menzione delle attività di ricostruzione presuppone correttamente che esse siano “*l'oggetto di una funzione differenziata, alta e responsabile, che trova negli organi, nelle competenze e nelle attività normali della pianificazione territoriale il suo luogo di esercizio*” e che, in quanto tali, debbano essere ricondotte agli ordinari compiti della pianificazione territoriale⁴⁰ (la quale, nel suo

³⁸ S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, cit., 114. Come noto, il D.L. 7 settembre 2001 n. 343 aveva esteso ai c.d. “grandi eventi” il potere di ordinanza previsto dalla legge n. 225/1992 (l'estensione è stata successivamente abrogata dal D.L. 24 gennaio 2012 n. 1).

³⁹ È appena il caso di rilevare che, nel parere n. 2647 del 19.12.2017, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nel pronunciarsi sullo schema di decreto legislativo recante “riordino delle disposizioni legislative in materia nazionale della protezione civile in attuazione della legge 16 marzo 2017 n. 30”, aveva rilevato che “l'astratta previsione della possibilità di prorogare lo stato di emergenza per ulteriori 12 mesi appare eccessiva. Si suggerisce di rimodulare i tempi riducendo l'estensione della possibile proroga a non più di sei mesi e prevedendo la necessità di una dettagliata motivazione sulle ragioni che hanno reso necessaria la proroga anche per evidenziare eventuali responsabilità”.

⁴⁰ U. ALLEGRETTI, *Il codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1)*, cit., 3 ss. L'A. tiene al riguardo a precisare che “tra esiti e catastrofi e ricostruzione c'è solo un una questione di coordinamento o, se si vuol dir meglio, di implicazione reciproca. È certo

concreto esercizio, dovrà comunque coordinarsi con la pianificazione di protezione civile)⁴¹. Ciò offre ulteriore conferma che, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 1 del 2018, l'applicazione della disciplina straordinaria è necessariamente legata alla situazione emergenziale, senza estendersi ad interventi che non possano ritenersi in via immediata e diretta strumentali alla gestione e al superamento dell'emergenza⁴². Non è del resto un caso che il co. 7 dell'articolo 25 preveda testualmente che, alla scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, i commissari delegati siano chiamati a curare *“la prosecuzione dell'attività in regime ordinario”*.

Nel suo complesso, l'attuale disciplina delinea pertanto un potere straordinario compatibile con il sistema costituzionale delle fonti, laddove la possibilità di derogare alla legge riconosciuta all'amministrazione è circoscritta temporalmente in funzione dell'imprevedibilità dell'emergenza da fronteggiare, sicché la deroga temporanea non è in grado di apportare alcuna stabile innovatività nell'ordinamento. Tuttavia, non

che è necessario che la pianificazione urbanistica in tutti i suoi gradi si misuri, come raramente fa, con la dimensione della lotta alle catastrofi, sismiche, idrogeologiche o altro che siano”; in argomento, S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, cit., 114, il quale, tuttavia, osserva che “all'art. 2 il Codice ricomprende, come visto, tra le attività di protezione civile il superamento delle situazioni emergenziali, che in qualche modo si avvicina alla ricostruzione”.

⁴¹ Così U. ALLEGRETTI, *Il codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1)*, cit., 3, che, a riprova del necessario coordinamento tra pianificazione territoriale e pianificazione di protezione civile, richiama l'articolo 18, co. 3, d.lgs. n. 1 del 2018, ai sensi del quale “i piani e i programmi di gestione e tutela e risanamento del territorio e gli altri ambiti di pianificazione strategica devono essere coordinati con i piani di protezione civile al fine di assicurarne la coerenza con gli scenari di rischio e le strategie operative ivi contenuti”, nonché l'articolo 2, co.4, lettera i), che annovera tra le attività di prevenzione non strutturale di protezione civile “le attività volte ad assicurare il raccordo tra la pianificazione di protezione civile e la pianificazione territoriale e le procedure amministrative di gestione del territorio per gli aspetti di competenza delle diverse componenti”.

⁴² Anche se – osserva S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, cit., 114 – la definizione di “superamento dell'emergenza” di cui all'articolo 2 d.lgs. n. 1 del 2018 porterebbe in ipotesi a ricondurre tra i compiti di protezione civile anche le attività di ricostruzione: “all'articolo 2 il Codice ricomprende tuttavia, come visto, tra le attività di protezione civile il superamento delle situazioni emergenziali, che in qualche modo si avvicina alla ricostruzione”. L'osservazione si basa sulla formulazione dell'articolo 2 per la quale il “superamento dell'emergenza” consiste “nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive dei beni culturali e dal patrimonio edilizio e all'avvio dell'attuazione delle conseguenti prime misure per fronteggiarli”.

perfettamente coerente con l'obiettivo di contenere temporalmente la situazione di emergenza è la previsione di una durata massima di dodici mesi per lo stato di emergenza di rilievo nazionale e la possibilità di una sua proroga per altrettanti dodici mesi⁴³. La previsione di una durata inferiore si sarebbe rivelata maggiormente in linea con la *ratio* complessiva del decreto legislativo, sebbene venga pur sempre stabilito un limite temporale oltre il quale lo stato di emergenza non può permanere.

Per quanto concerne il secondo aspetto, l'attuale normativa sulla protezione civile sembra risultare compatibile anche con il principio di legalità nella sua concezione sostanziale.

Anzitutto, l'articolo 7 del d.lgs. 1 del 2018 stabilisce il presupposto per l'esercizio del potere straordinario attraverso l'individuazione di una precisa tipologia di "evento emergenziale di protezione civile", come quella descritta nella già ricordata lettera c) della previsione in esame.

In secondo luogo, l'articolo 25, co. 2, lettere da a) a f), indica specificamente le finalità e gli ambiti nei quali le ordinanze di protezione civile possono intervenire, riferendosi, ad esempio, all'organizzazione ed effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici; alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale e alluvionale prodotti dagli eventi; alle misure per garantire la continuità amministrativa nei territori interessati dall'evento; all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale; alla realizzazione di interventi di riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi; alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive.

In terzo luogo, lo stesso articolo 25, nel recepimento dei principi affermati dalla Corte costituzionale, sancisce i limiti e le garanzie procedurali che devono assistere il potere straordinario, prevedendo che le ordinanze debbano essere adottate nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea, debbano contenere l'indicazione delle norme oggetto di deroga, debbano essere specificamente motivate, debbano essere emanate "*acquisita l'intesa*" delle Regioni e delle Province autonome territorialmente interessate⁴⁴. Sotto

⁴³ Cfr. art. 24, co. 3, d.lgs. n. 1 del 2018.

⁴⁴ L'articolo 25 d.lgs. n. 1 del 2018 prevede che "per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigen-

quest'ultimo profilo relativo al coordinamento tra Stato e Regioni, si segnala che, nel parere reso sullo schema di quello che sarà il d.lgs. 1 del 2018, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato aveva evidenziato che “lo strumento dell’Intesa, sicuramente rispettoso delle autonomie, potrebbe rischiare di rendere subvalente l’interesse nazionale rispetto a quello regionale” e che per tale ragione sarebbe stato auspicabile individuare “forme di coordinamento che comunque garantiscano la realizzazione degli scopi della protezione civile, introducendo semmai un meccanismo di superamento dell’intesa in tempi compatibili con le emergenze da fronteggiare”⁴⁵. Nel confermare, invece, quanto già previsto dalla legge n. 225 del 1992, l’articolo 25 recepisce le già riferite acquisizioni della giurisprudenza costituzionale secondo le quali, a tutela dell’interesse regionale, l’esercizio del potere straordinario non può prescindere da un pieno coinvolgimento e accordo delle Regioni interessate⁴⁶.

Va ancora aggiunto che l’articolo 25, co. 6, stabilisce che i soggetti attuatori degli interventi previsti siano “*di norma identificati nei soggetti pubblici ordinariamente competenti allo svolgimento delle predette attività*”, contribuendo così a garantire, salvo motivate eccezioni, il rispetto delle competenze normativamente stabilite⁴⁷.

Nel descritto contesto di riferimento, la mancata tipizzazione del contenuto e degli effetti delle ordinanze di protezione civile non costituisce pertanto impedimento al rispetto del principio di legalità, nella misura in cui, in linea con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, l’attuale normativa circoscrive in modo sufficiente la discrezionalità amministrativa, attraverso un’adeguata previsione dei presupposti, degli ambiti e delle finalità del potere straordinario, nonché delle specifiche garanzie procedurali che devono presiedere all’adozione delle ordinanze di protezione civile.

te, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l’intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”.

⁴⁵ Si fa riferimento al parere n. 2647 del 19.12.2017 della Sezione Consultiva per gli Atti normativi del Consiglio di Stato,

⁴⁶ Corte cost., 14 aprile 1995 n. 127, cit.

⁴⁷ S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, cit., 116, che, nel segnalare l’articolo 25, co.6, osserva come si sia “voluto così contrastare una, invero deprecabile, pratica contraria che tendeva ad attribuire a soggetti diversi da quelli ordinariamente competenti le attività di protezione civile, in particolare quelle più redditizie”.

SEMPLIFICAZIONE, COORDINAMENTO
DEGLI INTERESSI PUBBLICI
E LEALE COLLABORAZIONE COME CANONE
DI LEGITTIMITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA*

SOMMARIO: 1. Alle origini della semplificazione: concentrazione di procedimenti e centralità degli interessi. – 2. Il coordinamento tra amministrazioni: i pericoli della semplificazione e la realtà attuale. – 3. Semplificazione e 'standardizzazione' degli interessi: i pericoli del 'proceduralismo'. – 4. Raccordo tra amministrazioni e leale collaborazione come principio immanente al sistema – 5. Segue. La leale collaborazione come principio istruttorio di garanzia degli interessi. – 6. Conferenza di servizi e leale collaborazione: la rilevanza del fattore tempo. – 7. Segue. Il dissenso costruttivo come strumento di tutela degli interessi (indeboliti), nella cooperazione tra amministrazioni. – 8. Segue. Rappresentante unico, luoghi e forme non ancora mature della leale collaborazione.

1. *Alle origini della semplificazione: concentrazione di procedimenti e centralità degli interessi*

Nel 1988, nell'osservare che, negli anni a venire, la tutela degli interessi ambientali sarebbe stata destinata ad assumere rilevanza sempre maggiore all'interno dell'ordinamento amministrativo, coinvolgendo in primo luogo pianificazione territoriale ed economica, Fabio Roversi Monaco, assieme a Giuseppe Caia, sottolineava come ormai ineludibile la necessità di "assicurare un'azione coordinata dei pubblici poteri"¹, e, al contempo, – a fronte di somme di competenze già allora coinvolte in una medesima questione – di procedere all'"eliminazione delle ipotesi con pluralità di procedimenti autonomi (paralle-

* Contributo destinato ai volumi "Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio A. Roversi Monaco" (Collana Spisa - Studi e ricerche, Bologna).

¹ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione dei procedimenti amministrativi e del coordinamento degli interessi pubblici: insediamenti energetici ed esigenze di tutela ambientale*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano 1988, 503.

li) e non coordinati, situazione tipica di un sistema dove ogni settore dell'amministrazione si pone come soggetto portatore di interessi tendenzialmente in conflitto, con la conseguente (certa) minore effettiva tutela dei vari interessi pubblici concorrenti nella fattispecie (e sotto il profilo del soggetto assuntore dell'iniziativa: con i conseguenti esiti ostativi anche a causa della mancanza di assenso di una soltanto delle varie autorità interessate)².

Ponendosi sulla via che il legislatore avrebbe formalmente iniziato a percorrere due anni dopo, con la legge 7 agosto 1990, n. 241, ma già allora ammonendo che semplificazione delle procedure “non significa superficialità”³, e “rappresenta evenienza ben diversa dall'accelerazione”⁴, gli Autori proseguivano osservando che “l'unicità del procedimento non implica una riduzione degli apprezzamenti della pubblica amministrazione e non esclude l'esatta considerazione (globale e unitaria) della pluralità degli interessi concorrenti”⁵.

A distanza di trent'anni il legislatore è ancora alle prese con la necessità di affinare gli strumenti della semplificazione, per consentirne effettività e permettere la più efficace cooperazione tra le amministrazioni. In un ordinamento ormai divenuto tipicamente policentrico – “ad alto tasso di dispersione delle funzioni amministrative”⁶ – quella concentrazione dei procedimenti auspicata, e poi attuata *in primis* attraverso la conferenza di servizi, è divenuta oggi obbligatoria tutte le volte in cui l'esercizio di una determinata attività o la realizzazione di un certo intervento richiedano l'assenso, comunque denominato, di una pluralità di enti; ma al contempo, quella gerarchia di valori che alle soglie della legge n. 241 era ancora in grado di guidare le scelte dell'amministrazione tutte le volte in cui fossero coinvolti interessi cd. sensibili, e a cui si guardava come a un bene da preservare e che come tale ivi era stata recepita e si era mantenuta almeno per quasi due decenni, è ormai sbiadita, se non scomparsa.

² Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 504.

³ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 522.

⁴ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 523, nota 41.

⁵ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 522.

⁶ Così Cons. Stato, Comm.spec., 7 aprile 2016, n. 890, parere reso sullo schema di decreto legislativo sulla conferenza di servizi (poi D. Lgs. n. 127 del 2016), in *www.giustizia-amministrativa.it*

2. *Il coordinamento tra amministrazioni: i pericoli della semplificazione e la realtà attuale*

Se si guarda, in particolare, alla conferenza di servizi, non è nemmeno necessario ricordare le tante modifiche subite dalla relativa disciplina nel tempo trascorso dalla pubblicazione dello scritto che si è ricordato in apertura, ma certamente è ancora profondamente attuale l'ammonimento lì contenuto, a non fare della semplificazione "una non condivisibile abolizione o grave riduzione delle garanzie procedurali, ipotesi che comportano una non esatta valutazione degli interessi in gioco"⁷.

Se oggi il tormentato percorso subito dagli artt. 14 ss. della legge n. 241 del 1990 può dirsi giunto ad un punto consolidato – la disciplina è stata rivista *in toto* dal D. Lgs. n. 127 del 2016, uno dei decreti attuativi della riforma Madia – ciononostante non si può ritenere che questa disciplina sia pienamente in grado di assicurare quella soddisfacente valutazione degli interessi pubblici e privati in gioco, ed il loro successivo adeguato proporzionamento, assieme ai tempi certi della decisione, che dovrebbero comunque essere assicurati a prescindere da qualsiasi intervento di semplificazione.

Anzi, il pericolo di cui si era consapevoli già più di trent'anni fa, può dirsi molto più reale (se non inverato) nell'ordinamento attuale, nel quale gli istituti del coordinamento tra amministrazioni, sempre a partire dalla conferenza di servizi, sono compresi entro una serie di misure, organizzative e procedurali, che svuotano sempre di più il procedimento della sua anima più profonda – il luogo del farsi della scelta concreta attraverso l'acquisizione e la comparazione degli interessi – per costringerlo entro i confini di una sorta di marcia di avvicinamento (a tappe forzate) ad un risultato finale (quasi predeterminato), in cui la logica del confronto e della valutazione è incalzata da quella semplificatoria e acceleratoria dei silenzi endoprocedimentali e del contingentamento dei tempi della decisione.

Non solo. La concentrazione dei procedimenti non è perseguita solamente attraverso strumenti che incidono sulle forme dell'esercizio del potere ma anche per il tramite di scelte che, da un lato, incidono direttamente sul peso degli interessi da valutare, e, dall'altro, riguardando l'organizzazione delle forme del raccordo tra le amministrazioni, finiscono per condizionare anch'esse la consistenza con la quale questi interessi vengono rappresentati all'interno del procedimento.

⁷ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 523, nota 41.

Emblematici a questo proposito due elementi centrali della nuova disciplina della conferenza di servizi: il venir meno dell'effetto devolutivo legato al dissenso costruttivo espresso dalle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili, che fino alla riforma del 2016 determinava *ex lege* il passaggio della decisione al Consiglio dei Ministri, e l'introduzione della figura del rappresentante unico delle amministrazioni statali.

Nel regime attuale, infatti, il dissenso costruttivo può provocare la devoluzione della decisione alla sede superiore solamente se supera il filtro di una valutazione politica di pura opportunità da parte del Ministro interessato, il quale proponga opposizione (in tempi molto stretti) nei confronti della determinazione motivata di conclusione del procedimento comunque adottata dall'amministrazione precedente; ciò evidentemente toglie forza all'interesse sensibile e provoca nella sostanza una standardizzazione degli interessi coinvolti nella decisione, il cui diverso peso dovrà emergere in concreto, all'interno della conferenza, ma entro i confini di maglie procedurali sempre più stringenti. Senza contare poi i dubbi che hanno accompagnato la scelta di affidare al Ministro il potere di proporre opposizione, quanto alla violazione del principio costituzionale di separazione tra politica e amministrazione.

D'altro canto, l'introduzione della figura del rappresentante unico delle amministrazioni statali, "*unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni*", le quali possono intervenire in conferenza "*solo in funzione di supporto*" (art. 14-ter), ha portato in conferenza un soggetto dotato di un'ampia sfera di discrezionalità, che viene espressa non soltanto in quella sede, al momento del confronto con le altre amministrazioni, ma ancor prima 'dietro le quinte', in fase di mediazione tra le posizioni delle varie amministrazioni statali coinvolte, senza che però il legislatore abbia avvertito il bisogno di regolare questa interlocuzione interna in alcun modo. Ciò senza considerare che, in ogni caso, i soggetti pubblici portatori di interessi sensibili, consci del fatto che il loro dissenso incontrerà poi il vaglio politico del Ministro circa la possibilità di un'opposizione, solo eventuale, per necessità di cose saranno indotti a cercare una composizione, non necessariamente positiva, già nella sede interna del confronto col rappresentante unico, 'scontando' in tal modo un'ulteriore incisione 'a priori' del peso degli interessi loro affidati.

Rimane fermo invece il fatto che l'introduzione di questo vaglio, (con un effetto virtuoso) indurrà l'amministrazione dissenziente a fornire ampia e costruttiva motivazione delle ragioni che si oppongono alla realiz-

zazione dell'intervento: sarà solo infatti sulla completezza e congruità del dissenso che potrà reggersi tutto l'impianto successivo della decisione, dalla formulazione della determinazione motivata di conclusione della conferenza sulla base delle posizioni prevalenti, alla eventuale decisione del Ministro di proporre opposizione.

3. *Semplificazione e 'standardizzazione' degli interessi: i pericoli del 'proceduralismo'*

Anche le sole considerazioni possibili in questa sede – unite, naturalmente, al lungo e ben noto dibattito con il quale la dottrina ha accompagnato fin dalle origini le misure di semplificazione via via introdotte dalla legge sul procedimento amministrativo – testimoniano della indiscutibile attualità delle riflessioni che avevano preceduto la legge del 1990, dalle quali si è preso le mosse, e della innegabile difficoltà di far fronte ai problemi che evidentemente anche allora affliggevano la struttura portante del nostro ordinamento amministrativo, di cui erano ben consapevoli gli studiosi più attenti, e ai quali il legislatore aveva inteso porre mano con la legge n. 241.

Ciò non significa che nulla sia stato fatto, naturalmente, ma certamente il legislatore, trovatosi ad agire nel corso del tempo, altrettanto strutturalmente, in un contesto di crisi economica sempre più stringente, ha finito per utilizzare gli strumenti di semplificazione in una sorta di affannosa rincorsa alla crisi, in nome di un' "ansia di provvedere"⁸ sempre maggiore, perdendo di vista l'obiettivo del migliore proporzionamento tra composizione degli interessi in gioco e certezza dei tempi dell'azione amministrativa, cui deve comunque mirare l'esercizio del potere, per quanto possa essere 'alleggerito'⁹. In realtà, nel corso degli anni, il legislatore si è chiuso in un interminabile lavoro di semplificazione, finendo per perdere di vista la sostanza del potere sul quale stava intervenendo, e

⁸ Secondo la felice espressione di E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, *Dir. amm.*, 1998, 347.

⁹ Cfr. sul punto anche A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, secondo cui "la semplificazione non identifica mai una vicenda soltanto di ordine tecnico, ma identifica un processo più ampio di selezione di interessi e, quindi, di strumenti per la loro tutela", mentre, per altro verso, essa "è una tecnica che documenta una crisi, piuttosto che la sua soluzione; soprattutto dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti ordinari che dovrebbero assicurare il buon andamento degli apparati pubblici".

per considerare la semplificazione non uno strumento, bensì essa stessa il bene da garantire, quasi isolata dalla tutela degli interessi sottostanti; tanto che – è stato giustamente osservato – in questo quadro ordinamentale il pericolo di un tale processo di ‘scomposizione’ è il passaggio ad un ‘proceduralismo’ esasperato, elevato a valore dell’ordinamento in quanto tale¹⁰, all’interno del quale la forza propulsiva del procedimento viene compressa in sede istruttoria entro una griglia di adempimenti e passaggi molto stretta, con il rischio che l’esigenza di tutela possa ritenersi soddisfatta da una rappresentazione in sé degli interessi, meramente interna e quasi formale, mentre invece la decisione finale appare sempre meno legata alle valutazioni effettuate lungo la via e sempre più determinata da scelte ultime di indirizzo politico amministrativo.

A questa situazione si è via via giunti accelerando (forzando) i tempi del procedimento, rinunciando man mano a quella gerarchia degli interessi che caratterizzava l’impianto originario della legge n. 241 (e che almeno formalmente ancora la caratterizza in ampia parte), e finendo per far emergere sempre più lo sviluppo economico non soltanto come interlocutore privilegiato degli interessi pubblici, ma esso stesso interesse pubblico primario da garantire attraverso gli interventi dei privati¹¹. E se è comprensibile che si sia arrivati a ciò in un momento di forte crisi economica quale quella attuale, e se, per contro, non c’è ragione per so-

¹⁰ Si vedano in proposito P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della legge n. 124 del 2016*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 41, il quale parla di “riduzionismo eliminativista del puro proceduralismo, che esclude ogni impegno sostanziale sui valori e svaluta la tutela al livello di un interesse ‘qualsiasi’ ”; e R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e ‘funzione definitiva’ della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 660, che evidenzia con nettezza “l’incapacità della legge di muoversi con spirito autenticamente selettivo nella ‘selva oscura’ delle posizioni soggettive declinate dalle norme dell’ordinamento”, che “finisce per consegnare ad altri attori questo stesso compito. E la ricchezza e la complessità dell’ordinamento, ossia la sua ‘grande bellezza’, possono, ahimè risolversi in un fattore oggettivo di volatilità e di incertezza delle regole “. A questa visuale, peraltro, non è estranea la giurisprudenza della Consulta che ha ricondotto la semplificazione a materia-valore trasversale, riconducendola in modo forte ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m).

¹¹ Su questi profili vedi anche M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 2016, 760, il quale, nel prendere spunto dalla specifica attività consultiva posta in essere dal Consiglio di Stato, in relazione ai decreti attuativi della riforma Madia, sottolinea che lo stesso Consiglio di Stato, nella prospettiva di una “crescente ‘dimensione economica’ del diritto amministrativo... ritiene l’accelerazione dei procedimenti amministrativi come un vero e proprio interesse pubblico, attribuendo al fattore tempo e alla velocità delle decisioni amministrative nelle materie che interferiscono con l’esercizio di attività economiche il rilievo di valori fondamentali dell’ordinamento”.

stenere che siano gli interessi sensibili a dover prevalere in modo aprioristico nel bilanciamento di interessi operato dal legislatore, o che, ancora, non debba essere assicurata certezza al privato (all'impresa e al mercato) sui tempi dell'agire pubblico, sicuramente, però, dal quadro complessivo degli interventi del legislatore culminati nella riforma Madia, emerge una visione dell'Amministrazione dominata dal primato dei diritti dell'impresa e del mercato¹², per loro stessi – o per i loro effetti – assurti al rango di interesse pubblico e rispetto ai quali 'scolorano' gli altri interessi della collettività, anche quelli più tipicamente differenziati, i quali hanno finito per subire, come bene è stato osservato, un processo di "normalizzazione"¹³.

4. *Raccordo tra amministrazioni e leale collaborazione come principio immanente al sistema*

L'evoluzione subita dall'ordinamento rispetto al tempo in cui si sosteneva che "l'unicità del procedimento non implica una riduzione degli apprezzamenti della pubblica amministrazione e non esclude l'esatta considerazione (globale e unitaria) della pluralità degli interessi concorrenti" rende ragione di queste riflessioni e soprattutto induce ad affrontare il problema della concentrazione dei procedimenti da una prospettiva diversa, poco praticata (o solo sfiorata) sin qui da dottrina e giurisprudenza, ma che invece pare suscettibile di uno sviluppo capace di contribuire ad assicurare quella adeguata valutazione degli interessi che costituisce il fondamento primo di qualsiasi forma di cura dell'interesse pubblico.

Si tratta di una prospettiva che si incentra sempre sul raccordo tra Amministrazioni e affonda le proprie radici nell'art. 97 Cost., in quei canoni di buon andamento ed efficienza dell'amministrazione, messi sempre in luce agli albori della legge sul procedimento e sempre con riguardo alla futura semplificazione: "una variabile determinante è costituita dall'idoneità degli apparati amministrativi – ancora tutta da sperimentare

¹² Cfr. a questo proposito anche Cons. Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640, quesito su alcuni problemi applicativi dell'art. 17 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in www.giustizia.amministrativa.it.

¹³ Cfr. in proposito L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016*, n. 127, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 28; e in senso critico anche M. BOMBARDINI, *Il silenzio*, cit.; E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 353 ss.; e A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, *Dir. amm.*, 2017, 699 ss..

– ad assolvere i nuovi compiti; sarà dunque necessario cercare di risolvere anche i problemi di carattere ‘organizzativo’¹⁴.

Siffatta idoneità invero è legata, anzitutto da un punto di vista razionale, alla capacità di collaborare delle Amministrazioni chiamate ad agire in coordinamento tra loro, e in particolare di ‘lealmente collaborare’.

Che la collaborazione agisca come fattore di efficienza, oltre che di unità¹⁵, e che si ponga come “espressione dinamica relazionale del buon andamento”¹⁶ dell’azione amministrativa, è indubitabile tanto da parte della dottrina quanto della giurisprudenza, le quali – è noto – se ne sono a lungo occupate e continuano a farlo, soprattutto sul versante costituzionalistico¹⁷.

Più sporadiche appaiono invece le indagini dedicate al principio di leale collaborazione nell’ordinamento amministrativo¹⁸, nel quale lo si lega più strettamente (fisiologicamente) all’art.97 Cost.¹⁹, il quale, “imponendo la collaborazione tra amministrazioni pubbliche”²⁰, porta in superficie un imprescindibile interesse costituzionale all’efficienza pubblica²¹, anche sulla scorta di alcune puntualizzazioni offerte dalla Consulta²².

¹⁴ Così F. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *Aspetti della semplificazione*, cit., 503.

¹⁵ Cfr. S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, 174.

¹⁶ Cfr. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 123, oltre che, dello stesso Autore, *Alcune riflessioni in tema di buon andamento e di modelli di cooperazione tra i diversi livelli di governo*, in *Giustamm, Rivista di Diritto amministrativo*, www.giustamm.it, anche per i richiami alla giurisprudenza costituzionale in tema di leale collaborazione come corollario del più ampio principio costituzionale di buona andamento.

¹⁷ Per un *excursus* sulla complessiva elaborazione del principio di leale collaborazione che ha occupato la dottrina costituzionalistica a partire dall’affermarsi dell’ordinamento regionale, nell’economia del presente lavoro non si può che rinviare alla recente voce *Leale collaborazione (principio di)*, di Q. CAMERLENGO, in *Digesto, Disc. pubbl.*, Torino, 2015, per tutti i richiami alla molto ampia bibliografia precedente; per una ricognizione critica sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale si veda inoltre A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004.

¹⁸ Sia consentito qui il rinvio a P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni: su un principio del sistema a margine delle ‘riforme Madia’*, *Dir. e Proc. Amm.*, 2018, .

¹⁹ Cfr. ancora M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit.

²⁰ Così Corte cost., 26 marzo 1990, n. 139, in www.cortecostituzionale.it

²¹ Cfr. G.M. SALERNO, *Principio di legalità ed efficienza pubblica nella “partita a tre” fra Stato, Regioni ed enti locali*, in www.federalismi.it, editoriale 3/2004

²² Cfr. in particolare Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 214; 1 ottobre 2003, n. 303, in www.cortecostituzionale.it

Il giudice amministrativo, d'altro canto, non ne fa un uso particolarmente sistematico e strutturale in ordine alle relazioni procedimentali tra amministrazioni, anche se certamente mostra di avere assorbito 'per osmosi' la forza di questo principio, in ragione di quella sua "matrice unitaria" evidenziata in sede dottrinale²³.

Esso viene ancora utilizzato come una sorta di clausola residuale, di chiusura di un sindacato sulla legittimità della decisione pluristrutturata condotto alla luce di parametri positivi più stringenti²⁴, ma negli ultimi

²³ Così A. GRATTERI, *I doveri di leale collaborazione*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, Torino 2007, 206. Sul principio di leale collaborazione come "principio di rilevanza generale suscettibile di essere applicato ben al di là delle fattispecie in ordine alle quali la Costituzione ne fa espresso richiamo" (corsivo aggiunto), cfr. altresì S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordinamento regionale*, nota a Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, in *www.forumcostituzionale.it*, *Forum di Quaderni costituzionali*. Sul principio di leale collaborazione in sede amministrativa, cfr. anche G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2008, 1313 ss.

²⁴ D'altra parte ciò è coerente con l'inquadramento più generale secondo cui "la leale cooperazione è un canone che regola il modo di applicare la regola legislativa, esattamente come lo sono tante altre clausole generali disseminate nell'ordinamento": così R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, 6. Sull'obbligo di leale collaborazione nei rapporti tra Amministrazioni cfr. tra le altre Cons. Stato, VI, 23 febbraio 2016, n. 727, sul termine per la richiesta di integrazioni documentali al Comune, che "non può essere sospeso, interrotto o prorogato arbitrariamente al di fuori di reali esigenze istruttorie, per finalità puramente pretestuose o dilatorie". Ancora Cons. Stato, VI, 23 agosto 2016, n. 3681, in materia di esercizio del commercio in luoghi dichiarati di interesse culturale, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs.n. 42 del 2004, secondo cui "il vincolo di leale cooperazione . non sovverte la ripartizione delle competenze e non crea, al di fuori della legge, presupposizione di atti: è un *vincolo di mezzi, cioè di confronto e sollecitazione alla convergenza dei rispettivi giudizi, non di risultati*, cioè di nuove priorità tra i provvedimenti finali (i quali restano legati agli ordinari reciproci rapporti)"; ulteriormente rimarchevole in questa pronuncia è il fatto che si prosegua rigettando un'applicazione formalistica del principio che contrasterebbe con l'obiettivo della migliore cura dell'interesse pubblico, per cui ciò che va salvaguardato è che effettivamente ci sia stata l'interlocuzione tra le amministrazioni, anche se essa, nel caso concreto, porta a legittimare un'intesa intervenuta solo *ex post* tra le amministrazioni interessate; e Cons. Stato, 16 marzo 2016, n. 1063, sul rapporto che intercorre tra l'impresa pubblica e l'amministrazione regionale, che si iscrive "*nel rapporto dialogico collaborativo (recte di leale collaborazione secondo la dizione di matrice costituzionale) che informa il modulo cd pluristrutturale, riconducibile al principio di buon andamento dell'azione amministrativa dell'azione amministrativa, prima ancora che (essere confinato) al coordinamento delle funzioni amministrative fra enti territoriali autonomi di cui agli artt. 118 e 120 Cost.*". Cfr. inoltre Cons. Stato, V, 23 giugno 2014, n. 3145, in materia di accordi tra amministrazioni *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990, secondo cui, in queste ipotesi "il principio cardine è rappresentato dal noto brocardo *pacta sunt servanda*, con la conseguenza che le eventuali sopravvenienze normative o di fatto, che non rientrino nel range applicativo dei rimedi civilistici canoniz-

anni si deve effettivamente constatarne una maggiore autonomia e capacità di penetrazione, a mano a mano che è venuto ad assumere in modo sempre più netto la funzione di parametro fisiologico dell'operare della conferenza di servizi, legato dal giudice proprio alla necessità di garantire una tutela adeguata agli interessi coinvolti nella relazione tra amministrazioni, ormai ridotti entro quelle maglie serrate di cui si è detto: d'altra parte 'raccordo tra Amministrazioni' non significa altro che 'raccordo tra interessi' di cui queste sono portatrici.

Va detto che il ricorso al principio di leale collaborazione ha preso corpo soprattutto in alcune materie 'sensibili', nelle quali la leale cooperazione in realtà godeva già di una genesi 'costituzionalmente riconosciuta': ciò è avvenuto per la tutela della salute²⁵ e soprattutto per quella del paesaggio, sulla base di un orientamento della Consulta ormai risalente e consolidato, il cui fondamento era stato rinvenuto nel valore primario della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, affidato dall'art. 9, secondo comma Cost. alla Repubblica: "vale a dire allo Stato-ordinamento e perciò, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, a tutti i soggetti che vi operano la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto"²⁶. Questa materia, peraltro, proprio sulla base di tale principio pluralistico, è venuta assumendo nel corso del tempo un assetto sempre più marcatamente policentrico, caratterizzato da una distribuzione di competenze plurilivello²⁷, tanto che le forme tipizzate della leale collaborazione hanno fatto ingresso in modo ampio nel Codice dei beni culturali

zati dalle leggi civili, devono essere risolte dalle Amministrazioni sulla base del principio di leale collaborazione, assumendosi la responsabilità politica delle relative decisioni (tutte le pronunce citate sono reperibili in www.giustizia-amministrativa.it)

²⁵ Cfr. sul punto anche A. GRATTERI, *La faticosa emersione*, cit., 436; oltre che M. MANCINI, *La resistibile ascesa*, 951, e Q. CAMERLENGO, *Leale collaborazione*, cit.

²⁶ Così Corte cost. 29 marzo 1985, n. 94, pronuncia capostipite in materia, la quale fonda la necessità del coordinamento sul "principio fondamentale posto dall'art. 9, secondo comma, Cost.", senza ancora fare menzione del principio di leale collaborazione. Ciò però sarebbe avvenuto di lì a breve, con la sentenza 18 dicembre, 1985, n. 359; e la portata del principio sarebbe stata perfezionata dalla sentenza 24 giugno 1986, n. 151, sulla legittimità costituzionale del cd. Decreto Galasso, emanato con D.L. n. 312 del 1985, convertito con modificazioni nella legge n. 431 del 1985, e con la successiva sentenza 27 giugno 1986, n. 153. Su questi profili cfr. anche M. IMMORDINO, *La tutela del paesaggio fra riparto di competenze e principio di collaborazione*, in *Foro it.*, 1986, I, 1790 ss. Più di recente, sempre nello stesso senso, si vedano anche Corte cost. 9 luglio 2015, n. 140, e 11 maggio 2017, n. 103; tutte le pronunce sono rinvenibili in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ Su cui sia consentito il rinvio a P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio, Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino 2011.

e del paesaggio, approvato con D.Lgs., n. 42 del 2004, che contempla, tra l'altro, la cogestione Stato-Regione del vincolo paesaggistico, con l'art. 146, in raccordo all'interno del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e l'obbligo di pianificazione paesaggistica congiunta, sempre tra questi due enti, per ciò che riguarda la disciplina d'uso dei beni paesaggistici e la loro eventuale ulteriore individuazione, ai sensi dell'art. 135 del Codice²⁸.

Anche per queste ragioni nel corso degli anni la tutela del paesaggio ha finito per rappresentare un 'terreno di coltura' per il principio di leale collaborazione, permettendo alla giurisprudenza di studiarne le potenzialità, per quanto non siano frequenti le pronunce che ne trattano e non si possa ritenere che vi sia ancora piena consapevolezza nel giudice e nella dottrina²⁹ circa la rilevanza di questo principio come parametro di legittimità del raccordo tra amministrazioni.

5. Segue. *La leale collaborazione come principio istruttorio di garanzia degli interessi*

Nondimeno, va riconosciuto che, pur a fronte di questa non ancora raggiunta coscienza, la giurisprudenza si caratterizza per la presenza di pronunce non frequenti ma particolarmente approfondite e perspicue, nella quali si è giunti ad inquadramenti particolarmente interessanti della questione. "È invero considerazione di base che l'azione amministrativa – osserva il Consiglio di Stato – quando è ripartita tra varie competenze, specie in ragione dell'autonomia locale, *necessita di applicazione effettiva dell'immanente principio fondamentale della leale cooperazione*, che esige – a compensazione della ripartizione di competenze – che le amministrazioni implicate collaborino realmente nella salvaguardia dell'esercizio reciproco delle funzioni, acquisendo così una congrua e completa conoscenza dei fatti e la possibilità di una considerazione adeguata e

²⁸ Su questi profili sia consentito il rinvio a P. MARZARO, *La pianificazione paesaggistica come 'luogo di convivenze' e la centralità del procedimento nella 'duplicità' del sistema*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, 1565 ss.; per l'applicazione del principio in caso di recesso dagli accordi cfr. inoltre C.P. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014.

²⁹ Efficaci ma isolate le osservazioni di E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Padova 2018, 130, secondo il quale "buona parte delle inefficienze della pubblica amministrazione negli anni passati sono state dovute all'applicazione del principio di separazione, anche tra gli organi della stessa amministrazione, anziché di leale collaborazione".

proporzionata degli interessi coinvolti nelle rispettive competenze, vagliando se gli assunti presi a base sono corretti o possono essere corretti e modificati pur senza venire meno alla cura dell'interesse pubblico di loro attribuzione: ferma restando poi per ciascuna la autonoma e definitiva valutazione (specie se tecnica: la comparazione non trasforma infatti la valutazione tecnica in un giudizio di discrezionalità amministrativa)³⁰. E già in precedenza il giudice aveva sentito il bisogno di puntualizzare che “nelle attività che coinvolgono più enti istituzionali, il quadro delle forme di collaborazione è il più delle volte atipico e comunque aperto, improntato alla più ampia consultazione, attraverso un dialogo costante, non contrassegnato da rigide scansioni e da limiti alla possibilità di intervento dell'ente consultato, come pure dal doveroso rispetto di specifiche garanzie, ma retto dal criterio di adeguatezza ed effettività”³¹.

In questa luce la leale collaborazione viene quindi a dispiegare, com'è tipico dei principi, una funzione da una parte integratrice e dall'altra interpretativa; coerentemente, dunque, viene spesso richiamata anche per chiarire e implementare la portata di singole disposizioni³² e sempre peraltro ne viene privilegiata quell'essenza ‘dialogica’ che la porta ad agire nel caso di raccordo tra Amministrazioni, ma anche nei rapporti tra Amministrazioni e privati³³, anche sulla scorta dei principi comunitari³⁴.

Del resto, non è nemmeno necessario ricordare che il cd. sistema delle conferenze³⁵ costituisce uno dei luoghi emblematici di applicazione

³⁰ Così Cons. Stato, VI, 5 marzo 2014, n. 1059, in *www.giustizia-amministrativa.it* (corsivo aggiunto)

³¹ Così, Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2007, n. 6672, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³² Questo avviene in particolare con l'art. 6 della legge n. 241 del 1990, sulla leale collaborazione tra p.A e privato e il dovere di soccorso (cfr. tra le altre Cons. Stato, A.p., 25 febbraio 2014, n.9; TAR Lecce, 5 ottobre 2011, n. 1724; Cons.giust.amm.Sic., sez.giur., 10 febbraio 2015, n. 122); in *www.giustizia-amministrativa.it*

³³ Sull'obbligo di leale collaborazione come obbligo che informa la relazione tra amministrazione e privato, incumbendo su entrambi, vedi tra le altre, di recente, Cons. Stato, I, parere 6 febbraio 2019, n. 425; Cons. Stato, VI, 5 giugno 2017, n. 2690; Cons. Stato, III, 2 maggio 2017, n. 2014; Cons. Stato, V, 21 aprile 2017, n. 1868; tutte le pronunce sono reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*; cfr. inoltre Corte cost., 31 ottobre 2008, n. 356, in *www.cortecostituzionale.it*

³⁴ Sulla riconducibilità all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, della regola della collaborazione tra istituzioni comunitarie e soggetti che entrano in relazione con esse, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Seconda edizione, Tomo I, Milano 2007, 51.

³⁵ Come viene definito anche di recente da Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251,

del principio, e non solo per ciò che riguarda i raccordi istituzionali tipici dell'ordinamento delle fonti – Conferenza Stato-Regioni, Conferenza unificata Stato-Regioni-Autonomie locali, Conferenza Stato-Autonomie locali – ma, in via più generale, anche a livello inferiore, per tutti i casi nei quali si debba procedere ad un raccordo di competenze ai fini di una decisione pluristrutturata. La stessa Consulta ha ricompreso in via generale il modulo organizzativo e funzionale della conferenza di servizi tra gli strumenti di realizzazione del principio di leale collaborazione³⁶; e sempre il giudice costituzionale ha richiamato in via generale i “*principi del procedimento, in base ai quali, quando a quest’ultimo partecipano più organi o più soggetti pubblici, questi hanno il dovere giuridico di cooperare lealmente in vista del raggiungimento del risultato cui il procedimento è costituzionalmente o legislativamente finalizzato*”³⁷.

Attraverso questa via il principio di leale collaborazione emerge soprattutto nelle sue sembianze di ‘vincolo di metodo’, piuttosto che di risultato, ma ciò non significa che esso sia privo della capacità di incidere sull’assetto finale degli interessi.

Anzitutto è l’attributo della ‘lealtà’ della collaborazione, intesa come “*osservanza di regole di correttezza nei rapporti reciproci*”, tale per cui “*i soggetti del confronto non possono... dare luogo ad atteggiamenti o comportamenti dilatori, pretestuosi, incongrui o contraddittori o insufficientemente motivati*”³⁸, a poter sprigionare una forza particolare, capace di incidere anche sulla sostanza finale della decisione pluristrutturata.

Se infatti la lealtà della relazione tra i diversi centri di competenza deve permeare di sé la procedimentalizzazione del confronto, ecco che essa non sembra potersi ritenere solo espressione del principio di buon andamento dell’amministrazione, garanzia di efficienza della sua azione³⁹, ma diviene anche veicolo di imparzialità di tale azione, e finisce per trovare una propria collocazione ‘naturale’ e una specifica capacità di estrinsecazione proprio nei luoghi della mediazione, della negoziazione tra interessi, tipici del raccordo tra Amministrazioni, a partire dalla conferenza di servizi.

in www.cortecostituzionale.it; in dottrina cfr. sul punto, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *Leale collaborazione*, cit.; F. MERLONI, *La leale collaborazione*, cit., 854; e Q. CAMERLENGO, *Leale collaborazione*, cit.

³⁶ Cfr. Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 37, in www.cortecostituzionale.it

³⁷ Così Corte cost., 27 luglio 1992, n. 379, in www.cortecostituzionale.it (corsivo aggiunto).

³⁸ Così Corte Cost., 30 dicembre 2003, n. 380, in www.cortecostituzionale.it (corsivo aggiunto).

³⁹ Cfr. M.R. SPASIANO, *Alcune riflessioni*, cit.

Se di tutto ciò che avviene all'interno del procedimento deve comunque rimanere traccia nella motivazione della determinazione finale – a maggior ragione a fronte della discrezionalità sempre più ampia che si somma in capo all'amministrazione procedente (e al rappresentante unico statale) quanto all'esito della conferenza – applicare il canone della lealtà della collaborazione all'agire complesso delle Amministrazioni pare principio metodologico che va ad incidere dal punto di vista sostanziale sull'assetto finale degli interessi coinvolti, tutte le volte in cui non vi sia stata cooperazione fattiva e poi confronto pieno tra le parti del procedimento.

Dunque principio 'istruttorio' dotato di una notevole capacità espansiva di garanzia degli interessi, a dispetto di un'apparenza fortemente 'indeterminata'.

Sembra essere questa la prospettiva capace di rafforzare e implementare anche quella giurisprudenza che ne è ancora alla ricerca di un ruolo chiaro come canone di legittimità dell'azione amministrativa, e che ancor oggi, nel riconoscergli questa veste, si preoccupa di chiarire molto prudentemente che "in un sistema a giurisdizione soggettiva... un interesse a ricorrere sussiste se la violazione del dovere di leale cooperazione tra amministrazioni abbia leso un interesse concreto ed attuale, non potendo il ricorrente vantare una generica pretesa alla correttezza dell'azione amministrativa. Occorre dunque valutare non solo se vi sia stata violazione del dovere di leale cooperazione, ma, nel caso di risposta affermativa, se questa abbia leso un interesse concreto e attuale della ricorrente. In un sistema di competenze ripartite tra livello centrale e locale la cooperazione costituisce pilastro essenziale dell'efficacia dell'azione amministrativa nell'interesse pubblico ma anche di quello degli individui destinatari di tale azione"⁴⁰. Più incisivamente si ritiene che "Il privato ha... un interesse legittimo a che il provvedimento finale emanato dall'amministrazione competente sia il frutto di una interlocuzione fattiva e proficua con le altre amministrazioni coinvolte nel procedimento e non di una formalistica sequela di atti e pareri, non assistita da approfondita istruttoria, in ordine alla propria istanza e, sostanzialmente e in ultima analisi, circa la spettanza del bene della vita al quale aspira"⁴¹.

La leale collaborazione assume dunque le sembianze di strumento/

⁴⁰ Così Cons. Stato, II, parere 6 maggio 2019, n. 1378, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹ Così Cons. Stato, II, parere 28 gennaio 2019, n. 302, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

metodo finalizzato a garantire in primo luogo la più ampia e approfondita istruttoria all'interno del procedimento, e, quindi, quella successiva interlocuzione fattiva e proficua che non può mancare a pena di una valutazione insufficiente e incongrua degli interessi in gioco e di un loro non adeguato bilanciamento: in questa veste sicuramente la sua violazione reca "immediato e diretto pregiudizio alla sfera giuridica del privato, individuo o collettività"⁴².

Leale collaborazione non significa quindi solamente dovere di immettere gli interessi in modo corretto e pieno nel procedimento, astenendosi da comportamenti dilatori e incongrui, ma anche dovere di cooperare successivamente, tenendo conto delle rispettive posizioni, al fine di assicurare la migliore decisione di cura dell'interesse pubblico nel rispetto del principio di proporzionalità, che sovrintende alla relazione con gli interessi del privato. Ciò comporta, ad esempio, che le "amministrazioni che abbiano posizioni divergenti, in ragione della diversa valutazione degli interessi pubblici che tutelano, sono tenute a cooperare tra loro e con il privato che propone istanze dirette ad un migliore esercizio della propria attività"⁴³; e che, "nell'ipotesi di divergenti prospettive delle amministrazioni partecipanti, di motivare il mancato accoglimento della soluzione prospettata dall'altra amministrazione", e "prima ancora, assicurare un migliore coordinamento istruttorio tra le amministrazioni coinvolte nel procedimento"⁴⁴.

Avverte la giurisprudenza che "il procedimento amministrativo, diversamente dal procedimento giurisdizionale, è del resto finalizzato a un obiettivo futuro di amministrazione e non a risolvere una controversia tra parti contrapposte: perciò non è basato sull'opposto carattere della competizione dei soggetti coinvolti. La prevalenza di un assunto sugli altri in contesa può esserne un effetto, ma la finalità che lo muove è l'effettiva e responsabile miglior cura complessiva dell'interesse pubblico. E di ciò occorre sia fatto governo nel caso concreto". Nel caso di specie – è interessante ricordarlo – questo assunto aveva fatto concludere per il dovere dell'amministrazione procedente di tener conto di un parere negativo espresso da un'amministrazione al di fuori della conferenza di servizi, e prima del suo svolgimento, non potendo prescindere l'amministrazione

⁴² Così sempre Cons. Stato, II, n. 302/2019, *cit.*

⁴³ Cfr. Cons. Stato, II, parere n. 302/2019, *cit.*

⁴⁴ Così sempre Cons. Stato, II, parere n. 302/2019, *cit.*, su una fattispecie di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004. Cfr. anche Cons. Stato, VI, 26 aprile 2018, n. 2976, in www.giustizia-amministrativa.it.

per tale sola ragione e dovendo invece rinnovare l'invito alla partecipazione effettiva ad una seduta della conferenza, anche in ragione del peso dell'interesse – la tutela idrogeologica – di cui il soggetto dissenziente era portatore. È vero, afferma il giudice, che “anche le amministrazioni preposte alla cura di valori e interessi sensibili... hanno l'onere di ritualmente esprimere all'interno della conferenza di servizi proprio il valore aggiunto del confronto dialettico, il loro eventuale dissenso qualificato... Non è dato però far discendere da tali esatti presupposti conseguenze formalistiche, eccessive ed ultronee, *che arrivano a negare la stessa ragione di base dei detti principi di confronto dialettico e di leale collaborazione che presiedono alla conferenza di servizi e con essi i fondanti criteri di economicità ed efficacia che debbono comunque presiedere alla complessiva azione amministrativa*”⁴⁵.

6. Conferenza di servizi e leale collaborazione: la rilevanza del fattore tempo

La capacità espansiva che il principio di leale collaborazione può sviluppare, quando sia resa evidente la sua duplice funzione di strumento volto ad assicurare l'immissione più ampia e corretta degli interessi in gioco – *sub specie* della 'lealtà' del comportamento delle parti – e la più estesa e fattiva cooperazione delle amministrazioni coinvolte, alla ricerca del risultato del miglior proporzionamento degli interessi pubblici e privati in gioco – *sub specie* di effettiva (non formalistica) collaborazione tra le parti – giustifica sicuramente una lettura degli istituti del raccordo tra amministrazioni alla luce di questi canoni integrativi e interpretativi, perché in tale veste, che è quella tipica dei principi, il giudice amministrativo sta solo iniziando a farne uso nel caso concreto. Questa sede tuttavia non lo permette: sarebbe troppo ampio un *excursus* complessivo condotto almeno sulla disciplina delle conferenze di servizi – semplificata e simultanea – e sul silenzio assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17 *bis* della legge n. 241, introdotto dalla legge Madia⁴⁶.

Sarà comunque interessante portare qui l'attenzione su alcuni aspetti della disciplina degli artt. 14 ss. della legge sul procedimento, per saggiar-

⁴⁵ Così Cons. Stato, VI, n. 1059/2014, *cit.* (corsivo aggiunto).

⁴⁶ Sui quali quale sia consentito il rinvio a P. MARZARO, *Leale collaborazione, cit.*; oltre che *Silenzio assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it.

ne la legittimità alla luce del principio in esame – anche in ragione di alcuni recenti interventi del Consiglio di Stato in sede consultiva – prendendo sia pur brevemente in esame la struttura fondamentale della conferenza semplificata – ipotesi ordinaria e obbligatoria di raccordo tra soggetti pubblici -, la disciplina del dissenso costruttivo e la (mancata) disciplina del rappresentante unico statale.

Si tratta, infatti, di tre profili ‘di sistema’ della disciplina del coordinamento tra soggetti pubblici, la cui portata va al di là del singolo istituto ed è quindi capace essa stessa di generare orientamenti che possono assumere un proprio autonomo significato.

Quanto alla conferenza semplificata e asincrona – disciplinata dall’art. 14 *bis* della legge n. 241 – è noto che essa non integra un caso di effettiva conferenza di servizi, mancando nella fattispecie quella contestualità del confronto tra amministrazioni che ne costituisce l’essenza. Ci si trova qui di fronte sostanzialmente ad un’evoluzione della struttura dello Sportello unico, in cui l’amministrazione precedente agisce fundamentalmente da collettore di un fascio di procedimenti assoggettati a un contingentamento temporale molto stretto, attraverso meccanismi semplificatori molto stringenti, imperniati sulla perentorietà dei termini entro cui ciascuna amministrazione deve decidere, sul silenzio assenso endoprocedimentale e su un dissenso costruttivo ‘rinforzato’. Solo in un secondo momento, invece, essa assume il ruolo di autorità cui è affidato il compito di elaborare la determinazione finale, ma sulla base di schemi parzialmente difformi e più semplici rispetto a quelli delle posizioni prevalenti tipici della conferenza di servizi, all’interno dei quali viene riconosciuto maggior peso alle singole manifestazioni di volontà delle amministrazioni coinvolte, a prescindere dalla rilevanza degli interessi coinvolti, e viene assicurata un’interlocuzione tra le parti, conformemente ai canoni del principio in esame.

Della conferenza semplificata interessa prendere in esame due elementi, per ‘leggerli in controluce’ ai sensi del canone della leale collaborazione.

Quanto alla scansione dei termini per decidere – che è uno degli elementi portanti di tutte le strutture di raccordo tra amministrazioni – è evidente che una effettiva cooperazione può essere consentita anzitutto se i termini che l’amministrazione precedente va a fissare sono certi⁴⁷ e permettono

⁴⁷ Si tratta di un profilo che a dispetto delle apparenze presenta una complessità non banale, su cui si consenta di rinviare a P. MARZARO, *Leale collaborazione, cit.*, 926 ss.

l'acquisizione e una adeguata valutazione degli interessi affidati a ciascuna amministrazione⁴⁸. Qualora poi si rifletta sul significato della loro perentorietà, espressamente introdotta dalla riforma del 2016, questo attributo potrebbe essere visto proprio come una risposta (negativa) al problema della rilevanza dei dissensi espressi tardivamente in conferenza di servizi, e di cui il giudice amministrativo riteneva si dovesse comunque tenere conto, proprio in nome della leale collaborazione, in particolar modo quando fosse in gioco un interesse cd. sensibile. Questa giurisprudenza, poteva essere vista proprio come espressione del riflesso sostanziale che il principio esprime, di cui si diceva nelle pagine precedenti, in ragione del fatto che il raccordo tra amministrazioni non rappresenta altro che un raccordo tra interessi che deve essere assicurato, per cui sarà interessante vedere se a questa perentorietà il giudice attribuirà la forza di rendere illegittimo qualsiasi intervento successivo, per il formarsi del silenzio assenso endoprocedimentale. Vero è che quel richiamo del giudice al provvedimento come “frutto di una interlocuzione fattiva e proficua ...e non di una formalistica sequela di atti e pareri, non assistita da approfondita istruttoria”⁴⁹, sembra farne l'essenza della leale collaborazione, in una lettura sostanziale non facilmente superabile da un'interpretazione imperniata solo sulla letterale previsione della perentorietà del termine.

7. *Segue. Il dissenso costruttivo come strumento di tutela degli interessi (indeboliti), nella cooperazione tra amministrazioni*

Quanto al dissenso costruttivo ‘rinforzato’, esso può essere visto invece come una traduzione nel diritto positivo del principio di lealtà della cooperazione, anzi, come il principale segno dell'applicazione dei canoni della leale collaborazione negli istituti di raccordo tra amministrazioni disciplinati dalla legge n. 241 del 1990, e, in generale, in tutti i casi di relazioni procedimentali tra amministrazioni.

Secondo l'art. 14 *bis*, comma 3, le determinazioni delle singole amministrazioni infatti devono essere “*congruamente motivate, ... formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Le prescrizioni o condizioni*

⁴⁸ Sulla congruità dei termini entro i quali deve svolgersi l'interlocuzione tra le parti perché sia assicurata la lealtà del metodo collaborativo, cfr. tra le altre Corte Cost. 2 febbraio 2011, n. 33 e 14 gennaio 2016, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, II, parere n. 302/2019 *cit*.

eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico".

Il tenore della disposizione – letta proprio in quella prospettiva ‘sostanziale’ del principio di leale collaborazione qui adottata – rende in realtà palese che è l’uso incisivo del dissenso costruttivo lo strumento a cui oggi è affidata la tutela degli interessi sensibili in sede di conferenza semplificata, nella quale non è prevista devoluzione ad un livello superiore, ma solo decisione in base alla superabilità o meno dei dissensi espressi: esso chiaramente sarà tanto più in grado di incidere sulla decisione finale quanto più risponderà ai canoni delineati dall’art. 14 *bis*. Anzi, è interessante notare come i parametri stringenti imposti dal legislatore ai fini dell’espressione del dissenso costruttivo, per evitare comportamenti sleali e non cooperativi, possono essere letti ‘in controluce’ anche come i presupposti che determinano il sorgere in capo alle altre amministrazioni coinvolte del dovere di prestare altrettanta lealtà e cooperazione. Quanto più vi sia stata correttezza nell’esprimere le ragioni del dissenso, anche per ciò che riguarda la completezza dell’argomentare circa possibili soluzioni alternative, tanto più ampia sarà infatti la possibilità di tutela dell’interesse, soprattutto perché le ragioni e la prospettazione di eventuali soluzioni alternative da parte dell’amministrazione interessata faranno sorgere in capo alle altre, e comunque in capo all’amministrazione precedente, il dovere di valutare la possibile composizione proposta.

Questa stessa costruzione, peraltro, si adatta anche ai dissensi espressi in conferenza simultanea, dopo la riforma del 2016 comunque non più in grado di esplicitare l’effetto devolutivo alla sede decisoria superiore, e dunque ridotti nella capacità di ‘difendere’ gli interessi sensibili; siffatta capacità, infatti, sarà almeno in parte riacquistata proprio utilizzando i canoni della ‘costruttività’ del dissenso delineati dal legislatore, il quale all’art. 14 *quinquies* fa riferimento all’espressione “*in modo inequivoco* [di un] *motivato dissenso*”.

8. *Segue. Rappresentante unico, luoghi e forme non ancora mature della leale collaborazione*

In sede di conferenza simultanea e sincrona, tuttavia, il dissenso, è

veicolato attraverso alcune ‘strette’, perché viene ‘affidato’ al rappresentante unico, oltre che all’eventuale, successiva, decisione politica di proporre opposizione. Diviene quindi centrale una riflessione su questa figura e sui poteri di cui dispone, anche perché essa è stata fatta oggetto di uno specifico recente parere del Consiglio di Stato⁵⁰, che desta varie perplessità, a maggior ragione se lo si raffronta alla giurisprudenza dello stesso organo ricordata in precedenza.

È indubbio che il funzionamento di tutto il sistema di coordinamento e di semplificazione introdotto con il nuovo art. 14 *ter* della legge n. 241 trovi uno dei punti di maggiore ‘sollecitazione’ proprio nel ruolo e nei poteri del rappresentante unico delle amministrazioni statali, che si muove sul proscenio della conferenza in due vesti distinte: questi è parte della relazione con gli altri livelli di governo coinvolti, in quanto organo temporaneo che rappresenta l’amministrazione statale, ma al contempo è parte anche di una differente relazione, che si colloca invece ‘dietro le quinte’ della conferenza, in veste anzitutto di elemento di raccordo con le varie amministrazioni statali coinvolte nella decisione da prendere, e perlopiù portatrici di quegli interessi sensibili, un tempo – non è inutile ricordarlo – in grado di provocare da sole la devoluzione della decisione al Consiglio dei ministri, mentre nella disciplina attuale non sono nemmeno in grado di arrivare autonomamente al confronto con gli altri livelli di governo.

Ora, mentre la trama della prima relazione è sufficientemente tracciata e visibile all’esterno, grazie all’art. 14 *ter*, lo stesso non avviene per la relazione interna all’amministrazione statale: non solo quest’ultima non ha trovato disciplina da parte del legislatore, ma lo stesso Consiglio di Stato, nel citato recente parere, sembra poco consapevole della sua portata e delle implicazioni che ne possono derivare, lasciandosi andare a considerazioni che lasciano molti dubbi, come si vedrà di seguito. Non vi sono dubbi che il rappresentante non agisca da mero *nuncius* della posizione delle varie amministrazioni rappresentate ma che gli vada riconosciuta invece discrezionalità nella conduzione delle relazioni con i vari soggetti pubblici coinvolti, al punto da essere stati giustamente adombrati in dottrina dubbi circa la “costituzione di un nuovo potere di supremazia, implicito e difficilmente giustificabile alla luce dell’art. 97

⁵⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 27 aprile 2018, n. 1127, sul rappresentante unico delle amministrazioni statali in seno alla conferenza simultanea, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cost”⁵¹. D’altra parte già il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di decreto legislativo⁵², esprimeva il proprio *favor* per una disciplina che prevedesse: “da un lato, una regolazione aperta e flessibile del rapporto tra rappresentante unico e altre amministrazioni statali, che non impone la preventiva fissazione di vincoli di mandato imperativo, ma lascia correttamente al rappresentante unico un margine discrezionale di azione, in relazione all’andamento dei lavori della conferenza; dall’altro, la possibilità di partecipazione e di intervento, ma senza diritto di voto, delle altre amministrazioni, che potranno eventualmente far presenti in sede di conferenza gli elementi e le ragioni che non ritengono sufficientemente rappresentate, rivolgendosi direttamente all’amministrazione procedente o agli altri partecipanti non statali”.

Si sono ricordate nelle pagine precedenti le caratteristiche assunte dalla politica di semplificazione nel nostro ordinamento, in cui il legislatore, nel tentativo sempre più pressante di bilanciare gli interessi pubblici con l’esigenza altrettanto pervasiva di garantire la produzione di un risultato (tempestivo) che assicuri la competitività del sistema economico⁵³, ha finito per perseguire ‘la semplificazione per la semplificazione’, elevandola a valore in sé, quasi scorporando il procedimento dalla garanzia degli interessi cui dovrebbe essere finalizzato. Questo meccanismo – per effetto del combinato disposto del silenzio del legislatore sulla formazione della volontà del rappresentante, della dequotazione degli interessi sensibili per il venir meno dell’effetto devolutivo del dissenso costruttivo, e dell’attribuzione al Ministro del potere di proporre opposizione – sembra essersi azionato anche nell’ipotesi in esame, in cui le finalità di semplificazione si sono caricate di un potenziale derogatorio rispetto all’assetto ordinario della cura degli interessi coinvolti, che non sembra sempre governabile in modo adeguato.

⁵¹ Così E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016, 19; ma gli stessi interrogativi sono posti tra gli altri anche da G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 583, L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 22 ss.; e da P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme “Madia”*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 64 ss.

⁵² Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 7 aprile 2016, n. 890, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵³ Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di decreto sulla conferenza di servizi, n. 890 del 2016, cit., sostiene la necessità di una “visione nuova della pubblica amministrazione che si occupi con strumenti moderni e multidisciplinari di crescita e sviluppo”.

In questo quadro, dunque, l'applicazione dei canoni della leale collaborazione anche 'dietro le quinte' della conferenza, oltre che 'immanente al sistema' pare altresì necessitata, e in grado di introdurre almeno alcuni elementi di chiarezza quanto alla gestione da parte del rappresentante unico del processo di elaborazione della volontà dell'amministrazione statale; di questi elementi dovrà trovarsi traccia nella motivazione della posizione che questi andrà a rappresentare in conferenza e non soltanto sotto un profilo formale, ma anche da quel punto di vista sostanziale della "considerazione adeguata e proporzionata degli interessi coinvolti nelle rispettive competenze" che, secondo il giudice amministrativo, deve essere assicurata dal principio in esame⁵⁴.

Se non si può negare che il rappresentante unico goda di discrezionalità nell'andare ad individuare l'assetto organico degli interessi affidati alla cura delle varie amministrazioni statali coinvolte, da rappresentare poi in conferenza, è certo però che il suo potere di composizione degli interessi incontra dei limiti assicurati anche dall'applicazione del principio di leale collaborazione.

La piena conoscenza dei fatti sulla quale deve poggiare qualsiasi scelta del rappresentante deve anzitutto essere garantita dalla presenza di termini (per se stessi già compresi *ex lege*) tali da permettere alle singole amministrazioni – tutte formalmente convocate – di compiere un'istruttoria congrua, allo stesso modo in cui l'elaborazione della posizione comune (nel rispetto delle competenze attribuite a ciascuna di esse) richiede che il momento della riconduzione ad unità delle diverse valutazioni poggia necessariamente anche su di un confronto preliminare tra le posizioni delle varie amministrazioni, solo all'esito del quale il rappresentante andrà appunto ad elaborare la scelta comune.

In sostanza, la discrezionalità di cui certamente gode questa figura troverà spazio solo dopo che si sia esaurito il confronto/collaborazione preventivo condotto secondo lealtà, e verrà utilizzata soprattutto in funzione di mediazione (ove possibile) tra i vari punti di vista espressi, dei quali si dovrà comunque dare atto nella motivazione posta alla base della posizione unitaria, allo stesso modo in cui si dovrà dare atto dell'adeguatezza e della lealtà del confronto preliminare.

Del resto è innegabile che lo spazio di elaborazione autonoma rimesso al rappresentante unico non sia di poco conto, con l'ulteriore considerazione che l'attribuzione del potere di proporre opposizione rimesso

⁵⁴ Così Cons. Stato, VI, n. 1059 del 2014, *cit.*

ad una (alta) valutazione di opportunità da parte del Ministro fungerà da deterrente nei confronti di prese di posizioni troppo rigide, soprattutto da parte delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili, che dunque la norma ‘spinge’ verso la composizione preventiva del conflitto, che il rappresentante unico avrà il compito di gestire.

Giunti a questo punto del procedimento non sembra però più possibile ritenere – come sostiene il giudice amministrativo – che la comparazione degli interessi all’esito del confronto leale comunque “non trasforma la valutazione tecnica in un giudizio di discrezionalità amministrativa”⁵⁵. A mano a mano, infatti, che l’elaborazione della scelta unitaria assume i caratteri della mediazione preventiva – perché così è stata concepita nel sistema complessivo creato dal legislatore – più ampia è la possibilità che alla formazione della posizione da portare in conferenza di servizi si arrivi anche attraverso valutazioni di opportunità. Proprio per questa ragione, però, non deve essere sottovalutato il limite che deve derivare dall’applicazione del principio di cui si discute, declinato sì in un quadro atipico, ma comunque “improntato alla più ampia consultazione attraverso un dialogo costante retto dal criterio di adeguatezza ed affettività”⁵⁶, che deve caratterizzare il raccordo tra le amministrazioni, e del cui rispetto deve chiaramente rimanere traccia nella motivazione della posizione unitaria rappresentata.

D’altronde non si deve dimenticare che, innovando e chiarendo rispetto alla disciplina precedente, l’art. 14 *quater*, comma 2, della legge n. 241, riconosce alle “amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza”, quindi alle singole amministrazioni titolari di competenze normativamente attribuite in ordine alla fattispecie complessa oggetto della conferenza, il potere di “sollecitare con congrua motivazione l’amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell’art. 21 *nonies*”: nulla impedisce che anche il mancato rispetto del principio in esame in sede di definizione della posizione unitaria dell’amministrazione statale da portare in conferenza di servizi, possa costituire vizio su cui fondare giustificatamente il sollecito a provvedere in autotutela⁵⁷.

⁵⁵ Così ancora Cons. Stato, VI, n. 1059 del 2014, *cit.*

⁵⁶ Così Cons. Stato, VI, n. 6672 del 2007, *cit.*

⁵⁷ Naturalmente la leale collaborazione dovrà trovare applicazione anche nell’interlocuzione tra i vari livelli di governo coinvolti nella decisione da prendere, condotta sotto la guida dell’amministrazione procedente, così come dovrà essere garantita anche in sede

A fronte di questa ricostruzione, che prende le mosse da quel ‘principio immanente al sistema’ messo in evidenza dallo stesso Consiglio di Stato, anche se non ancora pienamente sviluppato, vale la pena di ripercorrere, attraverso le parole dello stesso organo in sede consultiva, l’inquadramento dato alla figura del rappresentante unico, nel recente parere sopra ricordato⁵⁸. Dopo aver affrontato varie specifiche questioni poste dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, esso si conclude con alcune considerazioni di carattere generale, che sembrano sostanzialmente andare nello stesso senso della ricostruzione del ‘dietro le quinte’ che si è qui proposta, ma si chiudono poi in modo improvvido e improvviso, sollevando molti dubbi.

“È evidente – afferma il Consiglio di Stato – che il “*rappresentante*” unico non sarebbe tale se non dovesse in qualche modo prendere conoscenza del punto di vista delle amministrazioni che rappresenta e farsene portavoce nel corso della conferenza, pur non costituendo un mero “*nuncius*” delle medesime. Ne segue che, pur nel silenzio della norma, il rappresentante stesso deve ritenersi tenuto a sentire, in sede preparatoria e non necessariamente con i crismi della formalità, le amministrazioni in questione prima che la conferenza si svolga, anche al fine di stabilire i margini operativi del suo agire, che deve essere necessariamente connotato da un minimo di flessibilità.

È, però, del tutto possibile che [...] nel corso della conferenza stessa altre amministrazioni presenti rendano noti elementi nuovi, che rendono necessaria una valutazione ulteriore. In tal caso, il rappresentante dovrà, eventualmente richiedendo a tal fine un breve rinvio della discussione, comunicare quanto emerso alle amministrazioni interessate, consultandole velocemente, e tener conto dei rilievi ulteriori che esse dovessero formulare. In questo caso, però, non si avrebbe un “nuovo parere” [...] ma semplicemente una modalità ulteriore di giungere all’unico atto di assenso rilevante, ovvero quello che risulta dal verbale conclusivo della conferenza, che in ipotesi si chiuderebbe solo dopo aver dato al rappresentante unico la possibilità di consultarsi ulteriormente con le amministrazioni rappresentate.

di determinazione motivata di conclusione della conferenza, con un’attenzione particolare, originata dalla formulazione con cui viene disciplinato il potere dell’amministrazione procedente di addivenire a tale determinazione, dettato dall’art. 14 .

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec. Parere n. 1127/2018; interessante ricordare che esso è stato poi ampiamente richiamato dalla successiva circolare del Ministero per la pubblica Amministrazione 3 dicembre 2018, n. 4, chiarimenti in materia di attuazione della conferenza di servizi.

Il tutto dunque va valutato in concreto, caso per caso.

Interessa, però, notare che nel caso in cui queste modalità non fossero rispettate, – conclude in modo repentino il parere⁵⁹ – ovvero nel caso in cui il rappresentante unico si esprimesse nella conferenza senza alcun previo raccordo con le amministrazioni rappresentate, fatta salva la eventuale responsabilità personale, amministrativa o disciplinare, del rappresentante stesso, non si addiverrebbe per ciò solo all'invalidità della determinazione conclusiva della conferenza. Costituisce, infatti, principio generale dell'ordinamento che, in mancanza di norme specifiche, nella fattispecie non sussistenti, i rapporti interni fra rappresentato e rappresentante siano inopponibili a chi entra in relazione giuridica con questi”.

Ora, in disparte la singolarità di un soggetto, appartenente ai ranghi dell'amministrazione, che funga da rappresentante di altri organi della p.A. – sembra di capire secondo le regole civilistiche – ma che comunque risponda del proprio operato a titolo amministrativo o disciplinare – evidentemente ciò dovrebbe avvenire in forza del diverso rapporto di servizio che lega il rappresentante unico all'amministrazione di provenienza e presso il quale si pone come organo permanente, però per fatti posti in essere nell'esercizio di una funzione diversa – è difficile vedere ragioni per cui il rappresentante unico “*abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione la posizione di tutte le amministrazioni, nominato anche preventivamente per determinate materie o determinati periodi di tempo dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, ove si tratti soltanto di amministrazioni periferiche, dal Prefetto*” (art. 14 *ter*) sia figura attraverso la quale vengano imputati all'ente solo gli effetti, e non gli atti di consenso (oltretutto sostituiti a tutti gli effetti dalla determinazione motivata di conclusione del procedimento). Non sembrano rinvenirsi nella disciplina in esame elementi tali per giungere a negare – in contrasto con un orientamento che costituisce uno degli elementi fondanti del diritto amministrativo – la configurazione di un rapporto di immedesimazione organica, sia pure in via temporanea e per l'esercizio di una particolare funzione – di raccordo -, a supporto della quale le singole amministrazioni ‘rappresentate’ possono intervenire in conferenza.

Ma, fatto ancor più grave, una configurazione (disorientante) di questo genere – di cui peraltro non vi è traccia nella dottrina e nella giurisprudenza precedenti sul rappresentante unico delle amministrazioni non statali, già presente nella disciplina anteriore alla riforma Madia – ‘al-

⁵⁹ Il corsivo è aggiunto.

lontanerebbe' ulteriormente la disciplina voluta dal legislatore dai canoni di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Ne uscirebbe una figura del tutto anomala, di ancor maggiore dubbia legittimità costituzionale, la cui attività non verrebbe imputata allo Stato, pur essendo essa dotata di discrezionalità nella determinazione della posizione statale e avendo il potere di discostarsi dalla rappresentazione degli interessi effettuata dai singoli soggetti pubblici ai quali l'ordinamento ha affidato in via permanente il potere di curarli, apparentemente – stando al parere di cui si tratta – anche senza doverne fornire alcuna motivazione e senza nemmeno avere un dovere giuridicamente rilevante di consultarsi con le singole amministrazioni.

Balza all'occhio, e non può che destare molta perplessità, che il Consiglio di Stato con questo atto abbia 'ignorato con la mano destra ciò che fa con la sinistra', misconoscendo il proprio stesso orientamento sull'operatività della leale collaborazione come principio immanente al sistema (e dopo averne oltretutto declinato l'operatività in concreto, pur senza mai nominarlo). Naturalmente – considerato lo sviluppo 'timoroso' del principio nell'ordinamento amministrativo, forse schiacciato anche dal ruolo di assoluto primo piano assunto invece sul versante costituzionalistico – l'auspicio non può che essere che ciò non sia che un passo (non felice) nel suo processo di emersione come canone di legittimità dell'azione amministrativa, in un momento storico in cui, ben più di quanto non potesse avvenire nei tempi in cui già si esprimevano le preoccupazioni da cui questo scritto ha preso le mosse, essa non può che essere affidata in primo luogo alla forza equilibratrice dei principi e alla loro capacità espansiva a contatto col caso concreto.

ATTUALITÀ

*La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)**

Roberto Carleo

SOMMARIO: 1. Dagli strumenti contrattuali di *risoluzione* a quelli di *prevenzione* delle controversie. – 2. Il quadro normativo interno: la travagliata introduzione del *collegio consultivo tecnico*. – 3. Le esperienze internazionali. – 4. Profili di compatibilità con l'ordinamento interno. – 5. Convenienza ed efficienza dei meccanismi di *dispute avoidance* sulle condizioni economiche e sulle prospettive finanziarie dell'appalto. – 6. I caratteri del *dispute board* (o *collegio consultivo tecnico*) e l'utilità degli strumenti informatici per la prevenzione delle controversie: il *software BIM*.

1. *Dagli strumenti contrattuali di risoluzione a quelli di prevenzione delle controversie*. – Il tema della prevenzione delle controversie negli appalti, pubblici e privati, costituisce oggetto di un progetto di ricerca denominato DAIC (*Dispute Avoidance in Construction*) che è stato presentato all'Università LUISS Guido Carli di Roma in occasione di un convegno tenutosi il 5 maggio 2018¹.

Il progetto è diretto a indagare il sistema dei rimedi contrattuali di *prevenzione* delle liti negli appalti e, in particolare, è finalizzato a studiare e a predisporre modelli di clausole di *dispute avoidance* nonché a costituire un modello di *dispute board* di esperti, istituzionalizzato contrattualmente, che gestisca il rap-

* Scritto destinato agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso (Teramo, 20-22 giugno 2019) "La prevenzione, via per un nuovo sviluppo".

¹ Il convegno cui ci si riferisce è stato presieduto e introdotto dal Pres. Pasquale de Lise (Presidente emerito del Consiglio di Stato), con Relazioni dei Professori Roberto Carleo (*Introduzione al progetto DAiC*), Giorgio Meo (*Analisi dei meccanismi contrattuali di prevenzione delle controversie e dei relativi costi e benefici*), Riccardo Tiscini (*Clausole di prevenzione delle controversie: finanza e "bancabilità" dell'appalto*), Giovanni Iudica, Emanuele Lucchini Guastalla e Roberto Panetta (*L'esperienza europea*), Bruno Tassone (*L'esperienza nordamericana*), Bruno Capponi (*Clausole di prevenzione delle liti: compatibilità con l'ordinamento italiano*), Mario Nuzzo (*Dispute avoidance e collegamento tra contratti nelle operazioni complesse: il possibile ruolo di un codice di autoregolazione*), del Dott. Raffaele Tuccillo, magistrato del TAR Lazio (*Clausole di prevenzione delle liti: compatibilità con la disciplina pubblicistica degli appalti*), Nicola Pisani (*Clausole di prevenzione delle liti, provvedimenti dell'autorità amministrativa e del giudice penale*), Andrea Mora (*Clausole di prevenzione delle liti nella crisi d'impresa*) e dell'Ing. Marcello Viglino di Salini-Impregilo (*Un'esperienza concreta: benefici e costi del Dispute Board*).

porto contrattuale, con l'esigenza di evitare l'insorgenza di controversie tra gli operatori, specialmente in un contesto degli affari estremamente globalizzato².

L'obiettivo principale della ricerca consiste nell'esaltazione delle potenzialità dei *dispute board*, diffusi in particolare in talune esperienze straniere, da impiegarsi con funzione non tanto e non solo di *risoluzione* delle controversie, quanto soprattutto di *prevenzione*.

L'analisi muove dal dato statistico dei tempi eccessivamente lunghi e dei ritardi (e quindi dei costi) imprevedibili degli appalti³, ponendosi un problema particolarmente sentito anche in altri ordinamenti.

Il contenzioso è una causa di ritardo tale che non riesce ad essere ovviata mediante i vari rimedi di "*risoluzione*" delle controversie, anche alternativi alla giurisdizione (ci si riferisce in particolare all'arbitrato, che ha incontrato non pochi ostacoli e limitazioni nel travagliato percorso di impiego in particolare nella materia delle opere pubbliche): di qui l'esigenza di studiare meccanismi di "*prevenzione*" delle liti, che consentano di garantire una più affidabile sicurezza di giungere alla attesa realizzazione del risultato.

Tali strumenti di prevenzione dovrebbero essere, quindi, finalizzati in particolare ad impedire il blocco dei cantieri rimettendo il compito di stabilire come debba proseguire il lavoro (esclusivamente ed insindacabilmente) al *Dispute Board*, eventualmente anche a costo di sacrificare in qualche misura – almeno temporaneamente per la durata dell'appalto – il diritto delle parti di ricorrere alla tutela giurisdizionale, quantomeno per la tutela cautelare e reale (residuando semmai solo quella obbligatoria), per non ritardare l'esecuzione del contratto che dovrebbe rimanere impermeabile ed insensibile alla lite.

Un simile obiettivo necessita del sostegno di un organismo di tutela del contratto – ovvero un *dispute board* "multidisciplinare" (con competenze legali, economiche e tecnico-ingegneristiche) – deputato, su mandato delle parti stesse, ad assistere le parti e a stabilire le modalità di esecuzione del contratto e di prosecuzione del rapporto in presenza di conflitti o altre sopravvenienze.

La presenza del *dispute board* accompagnerebbe le parti (che dovrebbero acconsentirne al ruolo di "gestore" del contratto anche su sollecitazione del finanziatore o dell'assicuratore) sin dal momento di predisposizione del capitolato e dell'eventuale bando (negli appalti pubblici), passando per la progettazione e l'esecuzione, fino al collaudo.

Il coinvolgimento di un insieme di esperti (i componenti del *dispute board*),

² G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, 867 ss., del quale devono essere richiamati, per quanto interessa in questa sede, anche gli studi in materia di appalto, vale a dire ID., *Good faith in Italian construction contract law*, in *European Society of Construction Law Congress "Beyond Conflict in Construction"*, 1-3 ottobre 2015, ID., *Le asimmetrie dell'art. 1662 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, 317 ss., nonché ID., *Fair dealing e contratto di appalto*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 121 ss.

³ Dato ISTAT 2015: 3500 contenziosi nazionali in materia di edilizia.

appartenenti a varie categorie professionali (giuristi, economisti, ingegneri etc.), interessati alla realizzazione dell'opera fin dalle fasi della redazione del contratto e della predisposizione del progetto, consente di creare un *know how* specifico relativo alla concreta vicenda contrattuale, che costituisce di per sé una garanzia di competenza, conoscenza e rapidità nella soluzione di tutte le eventuali problematiche derivanti dal contratto stesso, in ogni sua fase.

Il *dispute board* (per il quale certamente si pone l'esigenza di prestare una particolare attenzione ai criteri di nomina dei suoi componenti, che ne assicurino i requisiti di imparzialità, indipendenza e assenza di conflitti di interessi) sarebbe particolarmente utile soprattutto negli appalti di rilevanti dimensioni, che meglio ne assorbirebbero i costi, e comunque potrebbe essere diversamente modulato a seconda dei diversi tipi e delle diverse dimensioni dell'appalto. Mentre per le procedure di minore impatto economico o di carattere seriale potrebbe immaginarsi una centralizzazione delle varie fasi, invece per gli appalti di maggiore rilievo economico e di maggiore complessità dovrebbe pensarsi all'introduzione nel nostro ordinamento di istituti in tutto o in parte assimilabili al *dispute board* o al *project manager* propri di altri ordinamenti. In sostanza si tratterebbe di creare organismi o albi di soggetti, dotati di specifiche competenze tecniche, che seguano l'opera in tutte le sue fasi.

Le competenze tecniche e la specifica conoscenza dell'opera da parte dei componenti del collegio costituiscono una garanzia per la progettazione e per la realizzazione che, oltre a incidere sulla qualità dell'opera e sull'efficienza del contratto, potrebbero ridurre le controversie e le ipotesi di sospensione dei lavori di realizzazione dell'opera. L'istituto non avrebbe una funzione *transattiva* ovvero *arbitrale*, in quanto, da un lato, non impedirebbe necessariamente o sostituirebbe la possibilità di utilizzare i rimedi giurisdizionali esistenti (che potrebbero essere solo rinviati)⁴, dall'altro, consisterebbe in un organo capace di prevenire l'insorgenza delle liti o delle dispute, in considerazione dell'autorità e delle competenze dei suoi componenti.

Si tratta, quindi, di strumenti contrattuali rimessi alla *autonomia privata*, che non richiedono nemmeno un necessario intervento legislativo (peraltro, sia pure in modo travagliato, già introdotto all'art. 207 del codice dei contratti pubblici nel 2016, poi abrogato nel 2017 ed ora reintrodotta – sia pure in modo, per così dire, “timido” e comunque solo in via sperimentale – nella recentissima L. 14 giugno 2019, n. 55 di conversione con modificazioni del decreto legge 18 aprile 2019, c.d. “*sblocca cantieri*”), tenendo in considerazione che un importante fondamento normativo utile per favorire l'applicazione dei meccanismi di *dispute avoidance* (che comunque il legislatore potrebbe senz'altro agevolare, magari an-

⁴ La previsione anche solo di un semplice *rinvio* delle azioni giudiziali all'esito della decisione assunta dal collegio consentirebbe la finalità di non ostacolare il raggiungimento del risultato dell'appalto, nell'interesse non solo delle parti, ma anche del pubblico dei fruitori dell'opera da realizzare.

che mediante un semplice rinvio a fonti private e a codici di autoregolazione), si rinviene nel principio di *sussidiarietà orizzontale* di cui all'art. 118 Cost.⁵.

Il suddetto fondamento costituzionale potrebbe essere altresì richiamato anche per prevenire la prevedibile obiezione secondo cui una rinuncia alla tutela giurisdizionale dell'individuo, sia pure consensuale, sarebbe contraria alla insopprimibile tutela del diritto di agire in giudizio *ex art. 24 e 101 Cost.* Ciò sebbene una simile obiezione potrebbe essere superata – se non addirittura postulando una riforma costituzionale, giustificata dalla superiore e generale esigenza sociale di impedire le inefficienze ed i blocchi dei contratti di appalto – semplicemente reputando ammissibile una rinuncia alla tutela giudiziaria almeno *temporanea*, che potrebbe essere in qualche modo parametrata e limitata alla durata dell'appalto.

La qualificazione delle clausole di *dispute avoidance*, nel nostro ordinamento interno, potrebbe essere variamente inquadrata, ad esempio, in un arbitraggio, un *pactum de non petendo* o *de non agendo* o *de non exequendo*, un accordo sulle prove o molte altre, ma a prima vista non avrebbe una funzione decisoria, conciliativa o transattiva.

I notevoli vantaggi in termini di *impermeabilità* dell'appalto, *calcolabilità* e *efficienza nella gestione delle sopravvenienze*, consentirebbero di creare un nuovo “bene giuridico” rappresentato da un contratto efficiente, quasi “un'azienda”, tale da assicurare una tendenziale certezza del raggiungimento del risultato e della esatta esecuzione della prestazione, aprendo quindi, tra l'altro, anche a nuovi strumenti finanziari in ragione della piena fiducia degli investitori.

La creazione di tale valore comporta che i costi del *board* siano ampiamente assorbiti dal risparmio e dall'efficienza del risultato (tempi e costi di realizzazione opere, tempi e costi di un eventuale giudizio).

Secondo i dati forniti dal DRBF (*Dispute Board Foundation*), l'efficacia del *dispute board* (come strumento deflattivo del contenzioso) è nell'ordine tra il 72 e l'86% delle dispute che non sono ricorse in arbitrato o in giudizio.

Il risultato atteso è, sotto il profilo operativo, la costruzione di modelli contrattuali, anche esportabili in altri ordinamenti (e magari in ambiti anche diversi dai contratti di appalto), che consentano il contenimento dei *costi* dell'appalto, riducendone i *rischi* e facilitando il *finanziamento* delle opere con un minor rischio per il finanziatore.

Ciò potrebbe far instaurare un circolo virtuoso di riduzione del contenzioso ed aumento dell'efficienza dell'appalto che si traduce in un'utilità sociale ed economica non circoscritta alle singole operazioni ma estesa a beneficio della collettività.

⁵ Cfr. oltre note 23, 24 e 25.

2. *Il quadro normativo interno: la travagliata introduzione del collegio consultivo tecnico.* – Come già accennato, gli strumenti di prevenzione delle controversie negli appalti avrebbero natura contrattuale, di talché – dipendendo dall'autonomia privata – non sarebbe necessario un fondamento normativo, che, tuttavia, potrebbe favorirne lo sviluppo, anche in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 Cost.*

Un primo riferimento – relativo agli appalti pubblici – alla “prevenzione” delle dispute era apparso nell'art. 207 del codice dei contratti pubblici nel 2016, ma fu presto abrogato nel 2017 dal D.Lgs. n. 56 del 2017⁶, anche perché frettolosamente frainteso in un parere del Consiglio di Stato (n. 855/2016)⁷, finché appare reintrodotta nel recentissimo provvedimento di conversione in legge con modificazioni del decreto legge 18 aprile 2019, c.d. “*sblocca cantieri*”, convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55⁸.

Il suddetto art. 207, co.1 del Codice degli appalti pubblici emanato con D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163⁹ (che venne introdotto con le modifiche apportate al codice dei contratti pubblici dal D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)¹⁰ prevedeva un primo passo che avrebbe potuto essere interpretato nella direzione della *dispute avoidance*. La norma così disponeva: “1. *Al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso*”.

Tale norma, poi, venne abrogata con il decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017, adottato in seguito al parere negativo del Consiglio di Stato (Parere n. 855/2016) secondo cui “*il presupposto della norma non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se*

⁶ D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in G.U. n. 103 del 5 maggio 2017, in vigore dal 20 maggio 2017.

⁷ Cfr. Parere n. 855/2016, sullo schema di decreto legislativo recante “*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*”.

⁸ D.L. 18 aprile 2019, n. 32, *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (19G00040) (in G.U. Serie Generale n.92 del 18-04-2019) convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55 (in G.U. 17/06/2019, n. 140). Cfr. nota 11.

⁹ D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (in G.U. n. 100 del 2 maggio 2006), interamente abrogato dall'art. 217 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

¹⁰ D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (16G00062) (in G.U. Serie Generale n. 91 del 19-04-2016 – Suppl. Ordinario n. 10), entrato in vigore del provvedimento il 19 aprile 2016.

ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro".

A seguito di tale abrogazione, nell'ambito di una consultazione pubblica aperta dal MIT (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) durante l'estate 2018, vennero presentate (anche da parte di chi scrive) proposte di reintroduzione con modifiche (o – meglio – di una nuova e diversa riformulazione) dell'art. 207 del codice dei contratti pubblici, introdotto nel 2016 e troppo sbrigativamente abrogato nell'anno successivo.

La proposta in esame suggeriva di recuperare il collegio consultivo tecnico disciplinato dall'abrogato art. 207 del CCP, attribuendogli più marcatamente il ruolo di prevenzione delle controversie, senza funzione transattiva o aggiudicativa della lite.

Invero non si trattava tanto di una proposta di "reintroduzione" (e ciò va sottolineato atteso che l'esigenza del legislatore è quella di "tagliare"), bensì della creazione di un nuovo meccanismo di *prevenzione* delle liti (*dispute avoidance*), che consentirebbe l'importantissimo beneficio di ridurre il contenzioso che blocca i lavori negli appalti (innanzitutto pubblici, ma anche privati).

In questa prospettiva, il precedente "collegio consultivo tecnico" avrebbe dovuto evolversi nella costituzione di un apposito *dispute board*, deputato a risolvere tutti i possibili problemi tecnici che possano verificarsi, in ragione del quale le parti dovrebbero accettare di soprassedere – almeno temporaneamente (per la durata dell'appalto) – dalla tutela esecutiva e cautelare, impegnandosi preliminarmente ad accettare e rispettare le sue determinazioni.

La riformulazione della norma già contenuta nell'abrogato art. 207 venne proposta nei seguenti termini: "*La stazione appaltante può inserire nel bando di gara la costituzione di un collegio con funzione di prevenzione delle liti e di assistenza per la rapida risoluzione delle problematiche di qualsiasi natura, quali quelle di carattere tecnico, operativo ovvero attinenti alla gestione dell'opera, suscettibili di insorgere nelle varie fasi che conducono alla realizzazione dell'opera ovvero alla gestione del contratto. Lo stesso possono convenire le parti dopo la stipulazione del contratto*".

L'istituto, muovendo da questa base normativa, avrebbe potuto sottrarsi alle critiche che avevano comportato l'abrogazione del collegio consultivo tecnico con il correttivo del 2017 in seguito al parere del Consiglio di Stato.

In particolare, l'utilizzazione di un termine "atecnico" quale "*problematiche*" o "*dispute*" o altri sinonimi sarebbe da intendersi diretto, volontariamente, ad attribuire al collegio un ampio perimetro applicativo, non limitato all'esistenza di una lite o di una controversia, ma anche ad un semplice dubbio di carattere tecnico, operativo o gestionale. D'altro canto la possibilità che il collegio si interessi dell'opera fin dalla fase di predisposizione del bando consiglia di evitare l'utilizzo del termine "*dispute*" che sembra comunque presupporre la sussistenza di una pluralità di parti contrattuali. Come anticipato, l'istituto ha, anche, la

funzione di prevenire l'insorgenza di liti, ma non riveste una finalità transattiva né appare incidere sull'ambito applicativo dell'accordo bonario ovvero della Camera arbitrale.

Il suo porsi al di fuori dagli strumenti di risoluzione delle controversie comporta che la norma che lo introduca sia pienamente rispondente ai criteri di delega e, in particolare, alla lett. aaa) della L. n. 11 del 2016.

L'esigenza di rilanciare il settore delle opere pubbliche e l'inefficienza dei procedimenti diretti alla loro realizzazione e degli stessi contratti diretti alla loro realizzazione costituiscono alcuni dei problemi prioritari del settore.

Le pubbliche amministrazioni, anche in forma centralizzata, non appaiono sempre in grado di conoscere e gestire in tutta la loro complessità alcuni appalti pubblici, sia sotto un profilo tecnico che gestionale e contrattuale. Tale circostanza, unitamente ad altre concause, rappresenta uno dei fattori di crescita del contenzioso legato al settore degli appalti pubblici.

Riprendendo la prospettiva adottata in altri ordinamenti, sembra che numerose criticità possano essere superate o, almeno, attenuate mediante l'individuazione di uno o più soggetti che seguano la gestione del rapporto in tutte le sue fasi, dalla individuazione e, soprattutto, dalla progettazione dell'opera fino al suo completamento, quindi sia nella fase che precede che in quella che segue la stipulazione del contratto.

Senonché da ultimo, sulla Gazzetta Ufficiale n. 140 dello scorso 17 giugno 2019 è stata pubblicata la Legge 14 giugno 2019, n. 55 recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*”¹¹ la quale, all'art. 1 (“*Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare*”), commi da 11 a 14, reintroduce sperimentalmente, fino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento, il “*collegio consultivo tecnico*” (che era stato abrogato dal Decreto Correttivo del Codice) – che è stato già denominato comunemente come “*collegio anti-contenzioso*”), con la espresa finalità di *prevenire* le controversie relative alla fase di esecuzione dell'appalto. Viene previsto che il collegio consultivo tecnico di assistenza può essere nominato prima dell'apertura del cantiere e fino a novanta giorni da tale data, ed è composto da tre membri scelti di comune accordo o rimettendo ai primi due la scelta del terzo tra esperti nel settore. L'eventuale accordo tramite tale organo non ha natura transattiva salva diversa volontà delle parti.

Il testo di tale norma è il seguente: “11. *Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del con-*

¹¹ Cfr. nota 8.

tratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. 12. Il collegio consultivo tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. 13. Nel caso in cui insorgano controversie, il collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse. 14. Il collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti".

La disposizione, come già si è accennato, appare "timida", giacché non indica alcuna conseguenza per la mancata previsione di tale collegio consultivo tecnico, che dunque resta rimessa solo alla spontanea scelta opzionale delle parti, senza alcuna obbligatorietà, e per di più solo in via sperimentale, manifestandosi in ciò la preoccupazione del legislatore di non voler correre alcun rischio

Se, per un verso, ciò comporta – invero – il rischio che la disposizione introdotta in via sperimentale resti in concreto inattuata, per altro verso essa costituisce comunque un'occasione molto importante offerta all'autonomia privata di sfruttare la utilissima potenzialità di tale strumento opzionale, che consentirebbe la prevenzione delle liti, nell'ottica del principio costituzionale di sussidiarietà.

3. *Le esperienze internazionali.* – L'esperienza internazionale si trae innanzitutto, sebbene non certo esclusivamente¹², dai modelli FIDIC¹³, che si sono

¹² Si pensi, tra gli altri, ai regolamenti ICC (International Chamber of Commerce, di Parigi).

Per una disamina dei precedenti originari delle *avoidance clauses* soprattutto nell'esperienza nordamericana cfr. B. TASSONE, *Le avoidance clauses nell'esperienza nordamericana: problemi e prospettive di una nuova ricerca*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di F. di Di Ciommo e O. Troiano, Piacenza, 2018, 319 ss.

¹³ FIDIC, come noto, è l'acronimo di "Fédération Internationale Des Ingénieurs – Conseils" (Federazione internazionale degli ingegneri), confederazione fondata nel 1913 che raccoglie le associazioni di categoria con la finalità di curare gli interessi degli associati, promuovendo la formazione degli ingegneri e la diffusione delle conoscenze.

affermati nel corso del tempo come standard di riferimento per la stesura dei contratti internazionali di appalto nel settore delle costruzioni. A ciò ha contribuito, oltre al fatto di essere stati tra i primi esempi di contratti formulati nel contesto del commercio internazionale nel dopoguerra¹⁴, anche l'ulteriore circostanza che i principali Organismi finanziatori, sia pure apportandovi tutte le correzioni ritenute necessarie ed opportune, hanno finito per assumere le condizioni generali FIDIC come punto di riferimento nell'ambito degli Standard Bidding Documents imposti ai Paesi beneficiari¹⁵.

Il primo modello contrattuale FIDIC, pubblicato nel 1957, è rappresentato dalle *Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction*, divenute note come "Red Book" a causa del colore rosso della copertina del relativo volume, ispirate al modello di contratto predisposto dall'associazione professionale inglese ICE (*Institution of Civil Engineers*) e più volte rielaborate negli anni successivi fino a giungere, nel 1987, alla quarta edizione.

Dopo questo primo modello la FIDIC ne ha predisposti ulteriori, applicabili a contratti di appalto diversi per oggetto e struttura; il riferimento è in particolare: alle *Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works (Yellow Book)*, pubblicate per la prima volta nel 1967 fino a giungere alla quarta edizione nel 1987, destinate a trovare applicazione in relazione alla fornitura di impianti e macchinari realizzati presso l'appaltatore e consegnati al committente; nonché alle *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (Orange Book)*, pubblicate per la prima volta nel 1995, concernente la realizzazione di opere progettate dall'appaltatore e caratterizzate da finalità produttive (quali, ad esempio, centrali elettriche o stabilimenti industriali) da consegnarsi pronte per l'inizio dell'attività ovvero "chiavi in mano" (*turnkey*, secondo la dicitura inglese). I modelli contrattuali attualmente in vigore oggi fanno parte di una nuova serie, alla quale, per via dei diversi colori delle copertine dei relativi volumi, si fa riferimento anche con la locuzione *The Rainbow Suite*.

I modelli di questa serie, nati a seguito di una profonda attività di revisione dei tre precedenti e pubblicati nel settembre 1999, sono quattro: a) *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer – The Construction Contract (1999 Red Book)*: tale modello si riferisce ai contratti di appalto "tradizionali", in cui il progetto dell'opera da realizzare è predisposto principalmente dal committente, mentre l'appaltatore provvede alla realizzazione dell'opera sulla base di tale progetto; b) *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electronical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor – The Plant and Design-Build Contract (1999 Yellow Book)*: si tratta di un modello relativo ai contratti aventi

¹⁴ L. KLECKNER, *Condizioni generali, modelli di contratto e appalto internazionale*, in *Il contratto internazionale di appalto*, Milano 1992, 55.

¹⁵ L. BALESTRA, *Le regole applicabili alla formazione del contratto internazionale di appalto: standard internazionali e discipline nazionali*, in *Corr. giur.*, 2016, 635.

ad oggetto la fornitura di impianti e macchinari, nonché per i contratti aventi ad oggetto la realizzazione di costruzioni, in cui il progetto dell'opera da realizzare è predisposto dall'appaltatore in base alle esigenze manifestate dal committente; c) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects – The EPC/Turnkey Contract* (1999 *Silver Book*): tale modello, che sostituisce l'Orange Book, è contemplato con riguardo ai contratti di appalto in cui l'appaltatore assume in toto la responsabilità sia della progettazione, sia della realizzazione dell'opera, che dovrà essere fornita al committente “chiavi in mano”, ovvero completa di tutto e pronta all'uso, nel rispetto di tempi e costi prestabiliti; d) *Short Form of Contract – The Short Form* (1999 *Green Book*): tale modello è indicato per contratti di appalto di valore relativamente ridotto (al di sotto di 500.000 US\$), oppure aventi ad oggetto lavori di breve durata (meno di sei mesi) o ripetitivi, con progetto generalmente predisposto dal committente. Le *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer. Multilateral Development Bank Harmonized Edition* (MDB Harmonized Edition) – *The MDB Construction Contract* (*Pink Book*), pubblicate per la prima volta nel maggio 2005 e ormai giunte alla terza edizione, costituiscono una variante del *Red Book*.

Nel 2008 la FIDIC ha poi pubblicato le *Conditions of Contract for Design, Build and operate Projects*, detto *DBO Contract* (*Golden Book*): tale modello è destinato a trovare applicazione con riguardo ai contratti in cui l'appaltatore si obbliga alla predisposizione del progetto, alla costruzione dell'opera e anche ad occuparsi della successiva gestione della stessa per un periodo di tempo determinato (vent'anni) secondo lo schema del *project finance*.

Le condizioni FIDIC delineano la disciplina del rapporto instaurato tra committente ed appaltatore. A tal fine tutti i modelli contrattuali FIDIC contengono una clausola nella quale si fa riferimento alla legge applicabile al contratto che le parti dovranno quindi opportunamente provvedere ad individuare.

In tema di risoluzione delle controversie, è previsto che le eventuali pretese dell'appaltatore (che ritenga di avere diritto ad un pagamento aggiuntivo ovvero ad una proroga dei termini di consegna) vengano dapprima sottoposte all'*Engineer*, il quale, entro un termine predeterminato, dovrà comunicare la propria decisione. Il potere così attribuito non manca di suscitare perplessità, in considerazione del fatto che, come dianzi sottolineato, l'*Engineer* è figura collegata al committente, sulla cui effettiva imparzialità nella risoluzione dei conflitti e nell'interpretazione dei documenti contrattuali, è quindi lecito avanzare dei dubbi.

Le condizioni generali prevedono altre ipotesi in relazione alle quali l'*Engineer*, ove non riesca a conciliare le parti, è chiamato ad assumere una *fair determination* in conformità al contratto. Le parti potranno accettare o meno la decisione assunta dall'*Engineer*; qualora non la accettino, possono sottoporre la relativa questione al *Dispute Adjudication Board* (DAB), organo (permanente ovvero appositamente costituito) formato da uno o tre soggetti nominati di comune

accordo dalle parti, competente a conoscere tutte le controversie nascenti dal contratto. La decisione del DAB diviene vincolante ove, entro un certo termine, non venga contestata mediante una *notice of dissatisfaction* inviata da una parte all'altra; nel qual caso le parti sono tenute a ricercare una soluzione amichevole e, ove non vi provvedano ovvero il tentativo non abbia successo, potranno ricorrere all'arbitrato internazionale, sulla base della procedura disciplinata dal relativo Regolamento della Camera di Commercio Internazionale, avente sede a Parigi¹⁶.

Significativo della tendenza a spostarsi sempre di più verso soluzioni tese a *prevenire* invece che a *definire* le controversie appare il cambio di denominazione del “DAB – *Dispute Adjudication Board*” in “DAAB – *Dispute Avoidance/Adjudication Board*”¹⁷.

4. *Profili di compatibilità con l'ordinamento interno.* – Nell'ambito della predisposizione dell'apparato teorico necessario a sostenere le soluzioni pratiche da proporre attraverso l'elaborazione degli strumenti negoziali a ciò necessari, ci si propone di analizzare nella chiave del collegamento negoziale la struttura dell'operazione economica complessiva all'interno della quale si inseriscono le clausole di *dispute avoidance*; formula che include sia le tecniche volte a evitare – sia pure (come già si è accennato) solo per una durata temporale limitata, per non incorrere nella obiezione della violazione delle tutele costituzionali del diritto all'azione – l'insorgere delle controversie giuridiche (o tecniche), sia quelle intese a evitare che le controversie eventualmente insorte possano incidere sull'esecuzione dell'appalto, così pregiudicando l'equilibrio finanziario dell'operazione.

Tra le varie qualificazioni negoziali che potrebbero indagarsi si richiamano, a titolo esemplificativo e non certo esaustivo, il mandato conferito ai membri di un *dispute board* non solo e non tanto di comporre negozialmente le liti in corso di esecuzione del contratto, quanto di determinare via via l'oggetto del contratto e delle prestazioni dell'appalto in una sorta di “arbitraggio continuo” per tutto il corso di svolgimento dell'appalto; il rinvio della lite al termine dell'esecuzione del contratto, mediante un *pactum de non petendo e/o de non agendo*, o la rinuncia delle parti a ricorrere alla tutela giurisdizionale cautelare¹⁸; il patto sulla pro-

¹⁶ Cfr. nota 12.

¹⁷ Così, nella recente versione delle norme FIDIC presentata a Londra nel dicembre 2017, cfr. cfr. clausola 1.1.22 (www.fidic.org). La finalità del DAAB è sinteticamente espressa alla clausola 1.3 per cui lo stesso ha compiti di “*informal assistance, meetings, site visits, hearings and decisions*”, cui aggiungere che la funzione di *dispute avoidance* – di cui alla clausola 21.3 – è espressamente volta alla prevenzione del contenzioso mediante una specifica attività di assistenza tesa ad una pronta ed efficace soluzione di ogni conflitto insorto o potenziale.

¹⁸ Con riguardo alla possibilità di imporre limitazioni al diritto di ricorrere a determinate tutele giurisdizionali (sia pure nell'ambito dei rapporti internazionali tra le diverse giurisdizioni statali, di solito in presenza di un *exclusive jurisdiction agreement*) si pensi alle clausole c.d. *antisuit injunction*, le

va, per limitare l'effetto processuale dello strumento negoziale senza intaccare il diritto all'azione, ed altre¹⁹.

Come è ribadito dalla giurisprudenza, attraverso lo strumento del collegamento, le parti, nell'esercizio della loro autonomia organizzativa, perseguono un risultato economico unitario e complesso realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un *unico* regolamento dei reciproci interessi (c.d. fattispecie complessa pluricausale)²⁰. Il che può ravvisarsi quando ricorrono sia il requisito oggettivo, costituito dal legame teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo che si ravvisa nell'intento comune delle parti le quali, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, hanno voluto non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere ma anche il collegamento ed il coordinamento tra essi per la realizzazione di un fine *ulteriore*²¹.

Si tratta innanzitutto di verificare in relazione ai modelli contrattuali se *tutti* gli atti posti in essere nelle varie fasi dell'operazione economica (es. contratti di appalto, finanziamento, assicurazione, fornitura, ecc.) costituiscano un assetto economico unitario che – anche in mancanza di una coincidenza soggettiva delle parti in ciascuno dei contratti attraverso i quali l'operazione si articola –, trascende gli effetti tipici dei singoli contratti e assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (ricostruzione in termini di collegamento negoziale), cosicché le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa) e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio; o se, invece, alcuni dei contratti stipulati, pur essendo strumentali all'operazione complessivamente realizzata, rimangano però distinti e autonomi conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano al di fuori del collegamento,

quali costituiscono un particolare tipo di azione inibitoria, diffusa nei Paesi di *common law*, tramite la quale il giudice può far divieto ad un individuo di intraprendere o continuare in un altro Paese un dato procedimento giudiziario, sulla base della considerazione che la competenza su quella controversia appartiene ad una Corte statale od arbitrale del suo Paese.

¹⁹ Tra gli altri strumenti negoziali che potrebbero offrire utili spunti per lo studio delle clausole di *dispute avoidance*, si pensi anche alle clausole di irrisolubilità in caso di inadempimento, alle clausole di *exclusive remedy* e *fair dealing*.

²⁰ Cass. civ., 10 ottobre 2014, n. 21417, in *Corr. giur.*, 2015, 1583 ss., con nota di V. CARBONE, *Preliminare di vendita di ramo d'azienda*; Cass. civ., 22 settembre 2016, n. 18585, in *Mass. Giur. it.*, 2016, 3212.

²¹ Come è alla base del ragionamento svolto da Cass. civ., 5 dicembre 2017, n. 29111, in *Corr. giur.*, 2018, 1499 ss., con nota di F. TRUBIANI, *Operazioni finanziarie concatenate tra unità e pluralità di negozi*.

con la conseguenza pratica che la loro unione non influenzerà la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano.

Una volta definita la ricostruzione del collegamento, la considerazione unitaria della fattispecie renderà necessario verificare quali effetti produce, nell'operazione complessiva, la clausola di *dispute avoidance*, relativa alla costituzione di un *board*, inserita nel contratto di appalto con il fine di prevenire l'insorgenza di controversie e così garantire lo svolgimento del programma contrattuale (e ciò o consentendo un differimento della lite dopo l'esecuzione dell'opera, ovvero precludendo la sospensione degli effetti del contratto), sul piano della regolamentazione unitaria degli interessi economici perseguiti dalle parti dei diversi contratti attraverso la realizzazione di un assetto economico globale e inscindibile.

Sul piano della disciplina applicabile in caso di patologie, si tratta infine di esaminare le conseguenze derivanti da eventuali vizi della clausola relativa al meccanismo di *dispute avoidance* (nullità, inefficacia o altro) sia nell'ambito del singolo contratto di appalto, sia nell'ambito dell'operazione economica complessiva, e ciò in funzione della interdipendenza delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale rispetto agli altri contratti che, pur conservando una loro causa autonoma, sono però funzionalmente orientati alla realizzazione di un risultato economico unitario.

Alla luce dei risultati che dovrebbero essere conseguiti nella fase iniziale della ricerca, si potrebbe procedere poi con la predisposizione di un codice di condotta (magari tramite un protocollo condiviso con l'Anac)²², volto a enucleare un complesso di regole che sono private nella fonte ma, nella sostanza, integrative della disciplina legale al fine di determinare i doveri di comportamento delle parti nella gestione delle operazioni complesse di appalto (es. obblighi di buona fede ecc.).

La ricerca si collega alla constatazione che i profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico che caratterizzano il nostro tempo hanno determinato l'esigenza di strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolamentazione in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata che, in linea con la formalizzazione costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.), impone una rimeditazione della ripartizione di competenze tra autonomia privata e Stato, legittimando l'intervento del potere normativo dello Stato per la regolazione

²² L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), come noto, è stata istituita con il decreto legge n. 90/2014 convertito dalla legge n. 114/2014, mediante la sostituzione (ereditandone funzioni e personale) di altre sopresse autorità amministrative indipendenti, quali la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP).

degli interessi privati (seppure di rilievo generale) *solo* in via sussidiaria²³, cioè quando l'autoregolazione dei privati si dimostri in concreto inidonea a realizzare un'equilibrata tutela degli interessi in gioco²⁴.

Sul piano operativo, il potere di autoregolazione attribuito ai privati nelle materie in cui si esprime la loro competenza originaria e primaria in forza del richiamato principio di sussidiarietà si traduce nel potere degli stessi di dettare regole che, riguardando interessi a rilievo generale, sono produttive di effetti nei confronti di tutti i portatori di quegli interessi. Come si è rilevato, nella concezione delle fonti del diritto profondamente rinnovata in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, l'autoregolamentazione privata acquista "*dignità di fonte di produzione normativa, idonea, come tale, ad incidere anche sulla sfera giuridica altrui*" (c.d. diritto mite o *soft law*)²⁵.

Ne costituisce esempio assai significativo il ruolo progressivamente crescente attribuito ai *codici di autoregolazione* o *di condotta* che, secondo l'opinione prevalente, sono idonei a produrre effetti non solo per i soggetti appartenenti alla categoria che ha approvato il codice, ma anche per nei confronti dei terzi (cioè di tutti coloro che, pur non avendo partecipato alla costruzione di quelle regole, con questi vengono in relazione con riferimento alle materie oggetto dell'autoregolamentazione) sia in via diretta (attraverso il riconoscimento diretto da parte del legislatore del valore giuridico della regola deontologica: es. codici di condotta volti a regolare il trattamento dei dati personali), sia attraverso la specificazione nei codici delle norme a contenuto indeterminato (es. definendo parametri di concretizzazione e specificazione della correttezza e della diligenza richieste al professionista).

Si introduce con ciò un sistema di regolamentazione più efficiente e duttile, rispondente alle specifiche peculiarità del settore professionale (proprio perché definite dagli appartenenti al settore che possono quindi avvalersi sia delle conoscenze tecniche sia dell'esperienza maturata e della prassi consolidata della categoria).

5. Convenienza ed efficienza dei meccanismi di dispute avoidance *sulle condizioni economiche e sulle prospettive finanziarie dell'appalto*. – Stante la difficoltà di muovere da un approccio di tipo statistico quantitativo, anche in considerazione della mancanza di strumenti idonei ad acquisire la conoscenza di

²³ In generale si rimanda a M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino 2014.

²⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, cit., spec. 9 ss.

²⁵ A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, cit., 83. Il riferimento al diritto mite è a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino 1992.

dati potenzialmente illimitati, potrebbe essere sufficiente sviluppare un'analisi casistica dei dati economico aziendali disponibili. In particolare, l'analisi dovrebbe essere diretta a verificare anzitutto le inefficienze del sistema e, quindi, a verificare cosa sarebbe successo nei casi analizzati ove vi fosse stata la presenza del *board*.

In particolare, sotto il profilo aziendale, occorre valutare non solo l'impatto negativo della controversia in chiave economica, ma anche comprendere il contenuto e le caratteristiche della soluzione offerta dal *board* (al fine di valutare, quindi, non solo il vantaggio economico derivate dalla costituzione del *board*, ma anche i vantaggi in termini di contenuti e di caratteristiche delle soluzioni proposte)²⁶.

L'analisi economico aziendale riuscirebbe anche ad individuare, per macro-aree, il punto di incidenza delle inefficienze e, quindi, in particolare in quale fase di sviluppo del rapporto sorgono le controversie. In prima approssimazione si possono distinguere 5 aree: predisposizione del bando²⁷; progettazione preliminare; progettazione esecutiva; collaudo; fase esecutiva.

Come già si è accennato, la presenza di un *dispute board*, garantendo l'efficienza del contratto e la certezza del risultato, può incidere sulla finanziabilità o sulle condizioni di finanziamento del progetto, poiché indurrebbe i finanziatori ad investire con fiducia i propri capitali, attraverso molteplici formule e diversi strumenti finanziari oggi quasi inimmaginabili in questi ambiti e che potrebbero essere aperti a vari mercati ed anche, con le opportune cautele, alla sottoscrizione dei risparmiatori privati.

Appare davvero importante evidenziare i notevoli benefici sul piano delle condizioni economiche e finanziarie degli appalti che deriverebbero dalla efficienza e dalla convenienza portata in termini di certezza del risultato dai meccanismi di *dispute avoidance*, attraverso i quali si dischiudono nuove prospettive di "bancabilità" dell'appalto e di sfruttamento di diversi strumenti finanziari.

Per misurare la convenienza del ricorso a questi meccanismi, occorrerà confrontare, in una prospettiva economica, i costi derivanti dalla costituzione del *board* e i costi derivanti dalla sua mancata costituzione (occorre cioè indicare quanto costa costituire e impiegare gli esperti, in relazione all'incidenza della sua costituzione sulla prevenzione della lite e quanto costa in termini economici un contenzioso in materia di appalto, tenendo in considerazione anche i tempi di esecuzione dell'opera e l'incidenza del decorso del tempo sulle condizioni eco-

²⁶ Il *board* si occupa di studiare anche le possibili e future criticità del contratto, cercando di distinguere le interferenze esterne evitabili da quelle inevitabili. Ne deriva l'individuazione delle misure che riducono i rischi del contratto, accrescendone il valore e, quindi, consentendo una più agevole bancabilità del progetto. In buona sostanza, l'esame aziendalistico consentirebbe anche di comprendere l'allocation del rischio dell'evento in presenza e in assenza del *board*.

²⁷ Si pone immediatamente il problema di valutare il rapporto tra il *board* e i centri di costo oggi esistenti.

nomiche dell'appalto; si sottolinea che il costo di un *board* è di circa 0,5/0,7% del valore dell'opera e nel circa l'87% delle ipotesi in cui è costituito non si ricorre all'autorità giudiziaria).

Occorre verificare, in buona sostanza, la convenienza economica della presenza del *board*. Presumibilmente la maggiore o minore convenienza è direttamente proporzionale al valore dell'appalto²⁸.

Ovviamente tali nuove opportunità comportano nuovi problemi da indagare, occorrendo, ad esempio, analizzare l'eventualità dell'ingresso dei finanziatori o delle assicurazioni nella gestione del contratto di appalto.

L'indagine non può inoltre prescindere dalla analisi delle possibilità di gestione del rapporto contrattuale in ipotesi di sue *patologie* tali da mettere a repentaglio la tenuta di un sistema essenzialmente fondato sull'autonomia privata e sulla sussidiarietà, come ad esempio in caso di interventi di pubbliche *autorità penali o amministrative*, oppure di *crisi dell'appaltatore* (fallimento o altre procedure concorsuali), con particolare riferimento alla struttura soggettiva dell'appaltatore, ad esempio nelle varie ipotesi in cui consista in un raggruppamento di imprese.

6. *I caratteri del dispute board (o collegio consultivo tecnico) e l'utilità degli strumenti informatici per la prevenzione delle controversie: il software BIM.* – Venendo ad analizzare la struttura del *board*²⁹, come detto, da intendersi come organo dotato di competenze multidisciplinari e non come un mero collegio arbitrale, particolare attenzione deve essere rivolta agli aspetti connessi al conflitto di interessi e ai requisiti di imparzialità, indipendenza e professionalità dei componenti³⁰.

La peculiare interdisciplinarietà rende inevitabilmente più complessi i problemi della composizione e della struttura del *board* in relazione alla quale si può pensare alla creazione di un elenco (una sorta di “serbatoio”) di professionalità

²⁸ Peraltro i finanziatori istituzionali tendono ad imporre dei limiti minimi (come, ad esempio, 50 milioni di US \$ per la Banca Mondiale e 25 milioni di € per Cassa Depositi e Prestiti).

²⁹ Per quanto concerne il momento di costituzione del *board*, qualche dubbio è stato posto nelle varie ipotesi in cui vi sia un contraente istituzionale (in considerazione dell'esistenza di controlli da parte di organi della p.a.) e nelle ipotesi in cui l'iniziativa sia assunta da un privato mediante una proposta progettuale. In entrambi i casi può valutarsi la possibilità di un intervento integrativo e non sostitutivo da parte del *board*, che può costituire una garanzia di efficienza del sistema, del progetto e del contratto, specie per gli interessi di eventuali finanziatori.

³⁰ Oltre alla necessità di coprire tutte le professionalità necessarie in relazione alla eventuale specificità del contratto, deve porsi un problema di possibile scelta o meno dei componenti da parte dei contraenti e dei finanziatori (si può forse valutare l'opportunità di immaginarne una composizione mista o di restringere la scelta delle parti ai soggetti indicati all'interno di un elenco o un albo). Il tema si pone in collegamento con il problema dell'eventuale conflitto di interessi e, correlativamente, con l'individuazione del momento di costituzione del *board* in relazione alla specifica opera (che dovrebbe essere anteriore alla stipulazione del contratto).

di diversa estrazione dal quale attingere in caso di necessità e in relazione alle specifiche problematiche³¹.

Per quanto attiene alle modalità operative, anche nella materia della gestione del contratto di appalto appare sempre più determinante il supporto della tecnologia³², che, anche sulla base delle banche dati e delle statistiche, favorisce sia l'ordine e la sequenza delle procedure da seguire secondo *standard* predeterminati, sia la verifica della diligente esecuzione e del rispetto delle normative, anche di autodisciplina, sia, quindi, la prevenzione, oltre che la risoluzione, delle dispute.

Un modello già esistente (tra gli altri) per il riconoscimento e la descrizione delle migliori pratiche, che vengono adottate in base a test di ingegneria e piani aziendali, per prevenire e governare tutte le occorrenze contrattuali è costituito dal *Building Information Modeling* (BIM). Si tratta di un processo che utilizza un modello contenente tutte le informazioni sull'intero ciclo di vita di un'opera, dalla progettazione alla costruzione, fino alla sua demolizione e smaltimento. Con il BIM è possibile creare – più che una rappresentazione tridimensionale – un modello informativo – dinamico, interdisciplinare, condiviso e in continua evoluzione – che contiene dati su geometria, materiali, struttura portante, caratteristiche termiche e prestazioni energetiche, sistemi, costi, sicurezza, manutenzione, ciclo di vita, demolizione, smaltimento.

Anche mediante il ricorso al linguaggio informatico, si possono creare dei modelli contrattuali comuni e universali, esportabili in altre giurisdizioni, riducendo costi e rischi degli appalti, e stabilendo *standard* e *best practice* per garantire l'efficienza del contratto e ridurre il contenzioso.

Con riferimento agli appalti pubblici, nonostante la minore propensione della giurisdizione amministrativa a soggiacere a regole predeterminate, l'uso di *software* dedicati alla gestione dell'appalto e di strumenti tecnologici programmati per la decisione delle dispute, che riducano lo spazio della discrezionalità amministrativa, favorisce la tutela del risultato della prevedibilità e della certezza del risultato atteso. Ciò che appare un obiettivo necessario se si intende

³¹ Ne discende che non rileva il numero dei componenti che potrà essere anche in numero pari, come avvenuto ad esempio per la realizzazione del tunnel sotto La Manica, o contenere un numero elevato di soggetti. Nel progetto Porta Nuova a Milano vi erano due esperti che si occupavano di *avoidance* e in caso di necessità (dispute e non più solo *disagreement*) nominavano un terzo. In relazione all'esigenza di tutela di segreti industriali conosciuti dai componenti del *board* può immaginarsi un vincolo di segretezza a carico degli stessi, con sanzioni di vario tipo in caso di violazione.

³² Si richiamano le notazioni di Irti espresse innanzitutto nei dialoghi con Severino su diritto e tecnica (N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari 2001, e poi nella "Trilogia del Giudicare", raccolta nei tre volumi editi da "Il Mulino" che, movendo dai problemi della "Calcolabilità giuridica" (2017), passa attraverso "Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti" (2018) fino alla "Decisione robotica" (2019). Ed invero l'impiego di programmi elettronici per la gestione dei contratti d'appalto e per la prevenzione e risoluzione delle dispute ne appare una delle moltissime applicazioni concrete.

realmente superare il blocco dei cantieri e gli altri impedimenti che ostacolano e pregiudicano la corretta esecuzione dei contratti di appalto.

La, pur timida, sperimentazione normativa del collegio consultivo tecnico è un'occasione da non perdere al fine di compiere il primo passo di un percorso che potrebbe portare grandi benefici.

ABSTRACT

Marilisa D'Amico, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*

Il saggio in questione intende indagare il tema delle incertezze dell'istruttoria nell'ambito del giudizio costituzionale, partendo da una riflessione – che verrà ripresa in chiusura – sulla natura del processo che si tiene dinnanzi alla Corte costituzionale.

E infatti, se da un lato non è possibile affermare l'esistenza di un “diritto alle prove”, dall'altro è ancora difficile, oggi, tracciare l'esistenza di un autentico diritto processuale costituzionale: eppure, in alcune “zone” del diritto e, soprattutto, nell'ambito del processo in via principale, il Giudice delle leggi ha ritenuto di fare utilizzo dei propri poteri istruttori.

Il lavoro procede “alzando” lo sguardo verso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e del *Bundesverfassungsgericht*, per poi concludere con l'auspicio di una strutturazione del processo costituzionale nella sua specificità.

The uncertainties of the investigation powers in the constitutional judgement

The essay investigates the uncertainties of the Constitutional Court's investigative powers in the context of the constitutional judgement, starting from a reflection on the nature of the constitutional process. If, on the one hand, it is not possible to affirm the existence of a “right to evidence”, on the other hand, it is still difficult to identify the existence of an authentic constitutional procedural law: and yet, in some “areas” of the law and, above all, in the context of the trial in the main, the Constitutional Court has decided to make use of his investigative powers. The paper proceeds by looking at the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the *Bundesverfassungsgericht*, and concludes hoping for a more pervasive use of the examined investigative powers.

Stefano D'Alfonso, *Attività di ricerca nelle scienze sociali e diffamazione: i "rischi del mestiere" per il ricercatore universitario. Inquadramento teorico, normativo e giurisprudenziale*

Obiettivo del presente lavoro è fornire un contributo a una istanza di chiarimento avvertita dagli studiosi, in particolare dagli accademici, che nella loro attività di ricerca incorrono nel rischio di ledere l'onore, la reputazione e la dignità altrui.

L'analisi è condotta attraverso una lettura teorica, normativa e giurisprudenziale, domestica ed europea, contemplando la libertà accademica nelle sue diverse declinazioni, al fine di comprenderne i limiti, in particolare nella ricerca sociale. Viene prestata attenzione anche alla nuova disciplina sulla privacy, al diritto all'oblio, allo status dei professori universitari e alla loro tutela da parte dell'accademia in considerazione del rischio di dissuasione (c.d. *chilling effect*) determinato da procedimenti penali e cause civili.

I temi sono trattati anche attraverso un approccio ampio, sensibile ai temi dell'etica nella ricerca nel quadro dei principi costituzionali ed europei.

Research Studies in Social Sciences & Defamation: A University Researcher's "Occupational Hazard". Theoretical, Regulatory and Jurisprudential Framework

This work aims to a contribution in order to a request for clarification felt by scholars, particularly by academics, who in their research activities could risk the others honour, reputation and dignity damaging.

The analysis is conducted through a theoretical, normative and jurisprudential, national and European reading, contemplating academic freedom in its various forms, in order to understand its limits, particularly in social research.

Attention is also paid to the new privacy rules, to the right to be forgotten, to the university professors status and their protection by the academy, in the perspective of the risk of deterrence (so-called chilling effect) caused by criminal proceedings and civil cases.

The issues are also dealt with through a broad approach, in particular to the ethics research issues within the framework of constitutional and European principles.

Fulvio Costantino, *Gli open data come strumento di legittimazione delle istituzioni pubbliche?*

Nel saggio ci si chiede se gli Open Data possono costituire uno strumento di legittimazione delle istituzioni pubbliche. A fronte del deficit di legittimazione di cui sembrano infatti soffrire le istituzioni, si è ipotizzato che possa funzionare come antidoto l'ampliamento della partecipazione in senso lato dei cittadini e delle imprese. L'apertura al pubblico dei dati sinora detenuti unicamente

dall'amministrazione potrebbe favorire il coinvolgimento dei cittadini sia nei processi decisionali che in pratiche attinenti alla gestione dei servizi. A fronte dei problemi teorici e pratici della apertura dei dati, si guarda all'impatto che l'apertura potrebbe produrre sia in termini di democraticità del sistema, che di efficienza dello stesso. Questi due aspetti possono però risultare, anche con riferimento ai dati, sia complementari che confliggenti.

Open data as legitimation tools for public institutions?

The essay examines whether Open Data can be an instrument of legitimization of public institutions. It has been hypothesized that broadening participation of citizens may be an antidote to the legitimacy deficit of the the institutions. The opening to the public of the data held by the administration could facilitate the involvement of citizens both in decision-making processes and in practices related to the management of services. In the face of the theoretical and practical problems of opening data, we look at the impact that opening can produce both in terms of the democracy of the system and its efficiency. These two aspects, however, can be both complementary and conflicting.

Enrico Zampetti, *Legalità e potere straordinario d'ordinanza*

L'articolo esamina il potere straordinario di ordinanza nella gestione delle situazioni di emergenza, con particolare riferimento alla sua compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti e con il principio di legalità sostanziale. Più precisamente, vengono individuati gli specifici elementi che, in base alla giurisprudenza costituzionale, devono necessariamente caratterizzare la disciplina sul potere straordinario per renderla compatibile – sotto i profili indicati – con le previsioni e i principi costituzionali. I risultati raggiunti vengono conclusivamente misurati sull'attuale disciplina in materia di protezione civile recata nel d.lgs. n. 1 del 2018, al fine di verificare se il potere straordinario ivi previsto possa ritenersi rispettoso del sistema costituzionale delle fonti e del principio di legalità.

Legality and Extraordinary Power of Ordinance

The article examines the extraordinary power of ordinance in the management of emergency situations, with particular reference to its compatibility with the constitutional system of sources and with the principle of legality. More precisely, specific elements are identified which, on the basis of constitutional jurisprudence, must necessarily characterize the discipline on extraordinary power to make it compatible – under the indicated profiles – with the constitutional provisions and principles. The results achieved are conclusively measured on the current civil protection legislation set out in Legislative Decree n. 1/2018, in order to verify whether the extraordinary power provided therein can be considered respectful of the constitutional system of sources and of the principle of legality.

Patrizia Marzaro, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*

A far data dall'approvazione della legge sul procedimento amministrativo, nel 1990, uno dei versanti della semplificazione più praticati dal legislatore, e più sofferti in sede applicativa, ha riguardato sicuramente il coordinamento tra amministrazioni e la conferenza di servizi. Il contributo, muovendo da un'osservazione dottrinale lungimirante, ma certo non valorizzata in sede normativa, secondo cui la semplificazione delle procedure non deve escludere l'esatta considerazione della pluralità degli interessi concorrenti, ripercorre sinteticamente l'evoluzione della politica di semplificazione nell'ordinamento, per concentrarsi poi sul regime attuale della conferenza di servizi. Mettendo in luce la netta riduzione della tutela degli interessi cd. sensibili che ne è derivata, lo scritto si concentra sullo studio degli strumenti che, perseguendo la cooperazione tra amministrazioni, possono contribuire ad assicurare una maggiore protezione a tali interessi, facendo del principio di leale collaborazione un canone di legittimità dell'azione amministrativa.

Simplification, Coordination of Public Interests and Sincere Collaboration as a Canon of Administrative Action

Since the approval of the law on administrative proceedings, in 1990, one of the most recurrent aspects of the legislative intervention on simplification (and, indeed, one of the most tormented in the enforcement phase) certainly concerns the coordination between administrations and the conference of services. Departing from a forward-looking legal scholars' observation, which has not been adequately valued by the law-maker and according to which the simplification of administrative proceedings should not exclude a proper consideration of the plurality of competing interests, the essay briefly traces the evolution of the simplification policy in the legal system. This is functional to focus on the current system of the conference of services. Highlighting the clear decrease in the protection of sensitive interests that derived from this evolution, the contribution focuses on the study of tools that, by pursuing cooperation between administrations, can contribute to ensuring greater protection for these interests, making the principle of loyal cooperation a standard of legitimacy of administrative action.

Roberto Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*

Il progetto DAiC (Dispute Avoidance in Construction) mira ad indagare il sistema dei rimedi contrattuali di prevenzione delle liti negli appalti e, in particolare, a costituire un modello di board di esperti demandati a gestire il rapporto

contrattuale, con l'obiettivo di evitare l'insorgenza di controversie ed il conseguente ritardo dei cantieri.

Un recente riferimento positivo – sebbene di travagliata ed incerta introduzione – potrebbe essere costituito dalla previsione del Collegio consultivo tecnico con funzione di prevenzione delle liti, che meriterebbe di essere sperimentata ed implementata con serietà.

Il risultato da perseguire dovrebbe essere la costruzione di modelli contrattuali che consentano il contenimento dei costi dell'appalto, riducendone i rischi e facilitando il finanziamento delle opere. Ciò instaurando un circolo virtuoso di riduzione del contenzioso e di efficienza dell'appalto che si traduce in un'utilità sociale ed economica estesa a beneficio della collettività.

The Prevention of Disputes in Constructions DAiC (Dispute Avoidance in Construction)

The DAiC (Dispute Avoidance in Construction) project aims to investigate the system of contractual solutions for the prevention of disputes in constructions and, in particular, to establish a model of expert board delegated to manage the contractual relationship, with the aim of avoiding disputes and the consequent delay of construction sites.

A recent normative reference – although of troubled and uncertain introduction – could be represented by the provision of the Technical Advisory Board with the task of preventing disputes, which would deserve to be experimented and implemented with seriousness.

The outcome to be pursued should be the construction of contractual models which allow the containment of the costs, reducing the risks and facilitating the funding of the constructions.

This would lead to establish a virtuous circle of reduction of litigation and efficiency of the contract which translates itself into a social and economic utility extended to the benefit of the whole community.



NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARILISA D'AMICO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Milano

STEFANO D'ALFONSO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università Federico II Napoli

FULVIO COSTANTINO, RtdB di Diritto amministrativo, Università Macerata

ENRICO ZAMPETTI, RtdB di Diritto amministrativo, Università Siena

PATRIZIA MARZARO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Padova

ROBERTO CARLEO, Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi Napoli Parthenope

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

AMMINISTRAZIONE

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

www.editorialescientifica.com

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Alessandra Sandulli

ABBONAMENTI

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento 2020: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

REGISTRAZIONE

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
da *La Buona Stampa* – Napoli